

Sentencia T-320-09

Referencia: expediente T-2110710

Acción de tutela interpuesta por la señora Lyla Piedad Velosa Amature, en calidad de agente oficioso del señor Fernando Velosa Amature, contra Compensar EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado 51 Civil Municipal y el Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Lyla Piedad Velosa Amature, en calidad de agente oficioso del señor Fernando Velosa Amature, contra Compensar EPS.

I. ANTECEDENTES.

La señora Lyla Piedad Velosa Amature, en calidad de agente oficioso del señor Fernando Velosa Amature, interpuso acción de tutela contra Compensar EPS, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud. La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

Relató que su hermano, el señor Fernando Velosa Amature, sufrió una hemorragia cerebral el día 28 de mayo de 2005, razón por la cual se encuentra en estado de coma.

Afirmó que la condición de salud de su hermano exige que se tomen precauciones especiales; cuidados que hacen necesario que permanezca en un ambiente hospitalario, pues de otra manera no se podría contar con el personal y los equipos adecuados para su tratamiento. Narró que desde hace tres años, ha estado internado en la Clínica de Cuidados Intermedios San Luis (en la ciudad de Bogotá D.C.) donde le han brindado lo necesario para mantener su vida en condiciones dignas. Indicó que la permanencia en ésta tenía un costo mensual de \$1.550.000.

Relacionó otros gastos de su hermano, tales como: (i) uso de pañales desechables para adulto, insumos como guantes quirúrgicos, gasas, aplicadores de algodón, toallas, papel higiénico, cremas para la piel y labios, jabones especiales, afeitadoras desechables, entre otros; (iii) el pago a profesionales de servicios médicos como el neurólogo, no cubierto por la EPS, así como servicios no incluidos en el POS; (iv) por concepto de una deuda adquirida, el monto mensual de \$720.000; (v) gastos diarios de desplazamiento y mensajería para cubrir ciertos trámites ante notarías y ante la misma EPS; (vii) honorarios a abogados, quienes atienden los procesos de interdicción, de alimentos y la autorización de la salida al exterior de su sobrino.

Adicionalmente, precisó que los ingresos de su hermano se derivan de: (i) una pensión de vejez; que por los descuentos de ley al sistema de salud y su inclusión en el Plan Complementario Especial, la cuota de alimentos para su hijo (770.137); recibe emolumentos netos de 1.430.254.76 mensuales; (ii) como es propietario de un inmueble, recoge por canon de arrendamiento \$700.000 cada mes, suma a la que debe descontarse el pago de impuestos y reparaciones locativas.

Aseguró que no tiene la capacidad económica para continuar pagando los gastos de su hermano, los cuales no alcanzan a ser cubiertos con los ingresos de aquél. Sostuvo que solicitó a la EPS que suministrara los pañales desechables y los costos en la clínica, no obstante obtuvo respuesta negativa el 1° de julio de 2008.

Advirtió que ante el Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá tramitó una acción de tutela que fue fallada el 9 de agosto de 2005, mediante la cual se ordenó a la EPS que asumiera el servicio de enfermería permanente, así como todos los servicios que fueran prescritos; que la entidad había dado cumplimiento a la sentencia, pues han autorizado el servicio de

enfermería por 24 horas y los medicamentos ordenados por la médica tratante. Estimó que si bien existía una similitud fáctica, lo que pretendía en esta oportunidad era diferente a lo fallado en la anterior acción de tutela, razón por la cual no podía iniciar un incidente de desacato. Asimismo, informó que él no tiene un núcleo familiar, que ella es la única persona cercana con la que cuenta; además que sus propias actividades, y limitaciones físicas y económicas, no le permiten la atención permanente que necesita. Señaló que de ser tratado en su casa, se encontraría solo y apenas con la compañía de la enfermera que brindaba la EPS.

Por lo anterior, acudió a este mecanismo con el objeto de que se amparen los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de su hermano. Solicitó que se ordenara a la EPS Compensar que asumiera el costo de la atención en la Clínica de Cuidados Intermedios San Luis; que suministraran los pañales desechables para adultos y los insumos para el mantenimiento y cuidado de su higiene personal; y que se otorgaran todos los servicios que fueren indispensables para el tratamiento integral de su enfermedad.

1. Respuesta de Compensar EPS.

El señor Luis Andrés Penagos Villegas, actuando en calidad de abogado de la Caja de Compensación Familiar Compensar EPS, mediante escrito de fecha 24 de julio de 2008, solicitó denegar la procedencia de la acción de tutela.

Informó que el señor Fernando Velosa registraba un ingreso base de cotización de \$2.515.000. Alegó que ha dado cumplimiento a las medidas decretadas por el Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá y las prestaciones del Plan Obligatorio en Salud; por tanto le han brindado, en condiciones de calidad y oportunidad, todos los servicios de salud que ha requerido el señor Velosa para atender integralmente su patología, incluso el servicio de enfermería durante 24 horas. Luego, consideró que no había lugar a presentar una nueva acción de tutela.

Por una parte, explicó que la Clínica de Cuidados Intermedios San Luis no hace parte de su red de prestadores. Por otro lado, manifestó que no autorizó los pañales u otros

elementos de aseo personal por cuanto ello no constituía ningún acto médico. Explicó que en este sentido dio respuesta a la petición de la accionante el 1° de julio de 2008. Además, esgrimió que estos servicios no habían sido formulados mediante órdenes médicas, de tal forma que eran solicitudes que carecían de soporte.

Aseveró que le ha indicado a la actora que la EPS desarrolla un estructurado servicio de atención en casa, lo que a su juicio sería la mejor forma de manejar la patología que aquejaba al señor Velosa; además, porque el criterio de sus médicos tratantes era que no requería estar en una institución hospitalaria donde podría adquirir enfermedades nosocomiales, es decir, enfermedades que se contraen en las entidades que prestan servicios de salud.

1. Pruebas.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

* Escritos de fecha 28 de febrero y 26 de mayo de 2008 suscritos por la accionante y dirigidos a la EPS Compensar (folio 7 y 8 del cuaderno principal).

* Factura cambiaria de la Unidad de Cuidado Intermedio San Luis Ltda. por la atención del señor Velosa, correspondiente al mes de junio de 2008 (Folio 11 del cuaderno principal).

* Copia de la cédula de ciudadanía del demandante y del carné de afiliación en la EPS Compensar (folio 13 del cuaderno principal).

* Copia de informe solicitado por el juez de instancia a la Unidad de Cuidado Intermedio San Luis Ltda. (folios 80 y 81 del cuaderno principal).

* Certificación del Dr. Álvaro Rodríguez Núñez (folio 97 del cuaderno principal).

* Certificación del Dr. Ramiro Moisés Vergara Campillo de fecha 8 de agosto de 2008 (folio 98 del cuaderno principal).

* Certificación de la Dra. Rosario Gómez de Galvis de agosto de 2008 (folio 99 del cuaderno principal).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 51 Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de fecha 31 de julio de 2008, denegó la protección de amparo, al sostener que los servicios solicitados por la actora no fueron prescritos por parte del médico tratante de su hermano.

1. Impugnación.

La demandante, mediante escrito de fecha 08 de agosto de 2008, impugnó el fallo del a quo.

De un lado, manifestó que el suministro de pañales es necesario, teniendo en cuenta que su estado de salud no le permite controlar sus esfínteres y que sin éstos quedaría expuesto a deplorables condiciones de higiene.

De otra parte, alegó que sólo la EPS es la única que estima que podría ser atendido en su vivienda y anexó diversas certificaciones de médicos que emitieron su concepto. Sostuvo que si su hermano era trasladado a su casa, quedaría en un altísimo abandono, dado que es la única familiar cercana, por cuanto se separó de su cónyuge, sus hijos viven en el exterior y ella tiene sus propias actividades que le impiden permanecer con él las 24 horas, además no se encuentra capacitada ni física ni profesionalmente para atender sus necesidades.

1. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, en fallo proferido el 1° de septiembre de 2008, confirmó la sentencia del juez de primera instancia.

Señaló que la internación que la accionante solicitaba y el suministro de pañales no fueron ordenados por un médico adscrito a la EPS demandada. De igual manera, esgrimió que la EPS había otorgado los servicios a los que tenía derecho el afiliado, más aún cuando en cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá, concedían servicios integrales dada su patología.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corporación 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.

1. Planteamiento del problema jurídico.

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, la Sala debe entrar a establecer si se vulneran los derechos fundamentales del señor Fernando Velosa Amature, quien se

encuentra en estado de coma profundo, por la negativa de la entidad demandada para la prestación de la estancia en una clínica de cuidados intermedios, así como el suministro de pañales y otros insumos necesarios para su higiene personal.

Por consiguiente, con el objeto de solucionar el problema jurídico, la Sala estima que es preciso reiterar la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) el derecho a la salud como derecho fundamental y el acceso a servicios de salud necesarios; y (ii) el concepto del médico tratante, principal criterio para determinar el servicio que se requiere, sin ser el único.

1. El derecho a la salud como derecho fundamental. El acceso a servicios necesarios.

3.1. En anteriores oportunidades esta Corporación ha reconocido el derecho a la salud como fundamental. Noción que va aparejada del concepto de dignidad humana. Según el artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En este marco, la Corte ha hecho énfasis en que éstos deben ser prestados en condiciones de calidad, eficacia y oportunidad. No obstante, ha distinguido que este carácter no implica necesariamente que todos sus aspectos puedan ser protegidos mediante la acción de tutela.¹

De todos modos, la sentencia T-760 de 2008 explicó detalladamente que toda persona tiene el derecho constitucional de acceder a unos mínimos servicios que sí pueden ser resguardados mediante el recurso de amparo en el evento en que sean indispensables para conservar la salud, o cuando se encuentre comprometida la vida, la integridad personal o la dignidad.² Según la Corte:

El derecho constitucional de acceso a los servicios que se requieran, tal y como se puntualizó, no depende que los mismos estén incluidos o no en un plan de salud, o si la entidad responsable cuente o no con los mecanismos para prestarlos directamente. Si el sistema de seguridad social no garantiza los medios para otorgar un servicio necesario, ello constituye un obstáculo al acceso; y en tal medida, se irrespeta el derecho a la salud.⁴

No obstante, la sentencia en mención aclaró que la aplicación de este derecho constitucional estaba sometida a ciertas condiciones.

3.2. Con relación a servicios que se encuentren dentro del plan obligatorio de salud, que no sean brindados, la Corte ha estimado que en estos eventos se vulnera el derecho fundamental a la salud.⁵ Con base en la jurisprudencia constitucional, la sentencia T-760 de 2008 recogió las condiciones que deben reunirse para que proceda la acción de tutela, en los siguientes términos:

“una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),⁶ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,⁷ (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,⁸ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.⁹ La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas.¹⁰ En otras palabras, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.”

3.3. De igual manera, la Corte Constitucional ha precisado los criterios que deben tenerse en cuenta para acceder a los servicios de salud que se requieren, pero que no estén incluidos en el plan. Lo anterior por cuanto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales puede comprometerse si el usuario necesita un procedimiento o medicamento imperioso para la conservación de su vida en condiciones dignas o de su integridad física que, no obstante, no está en el POS.

Este derecho constitucional de acceso al servicio no incluido, denominado por la sentencia T-760 de 2008 como servicios que se requieren con necesidad, debe garantizarse excepcionalmente dadas las particulares circunstancias en las que se encuentre el paciente. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado las condiciones para su acceso, de la siguiente manera:

“(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.¹¹ 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,¹² como en el régimen subsidiado,¹³ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,¹⁴ a la enfermedad que padece la persona¹⁵ o al tipo de servicio que ésta requiere.^{16’17”}

Desde este escenario, se observa que la jurisprudencia constitucional ha señalado que en esta hipótesis, la persona debe costear un valor adicional por el servicio que recibirá. Sin embargo, si carece de capacidad económica para sufragarlo, puede solicitar a la EPS el servicio médico requerido con necesidad.

En primer lugar, es preciso realizar algunas acotaciones acerca de los criterios para determinar la falta de capacidad económica. Ello sucede cuando no se cuenta con la capacidad de pago para sufragar el servicio o cuando se afecta el mínimo vital. El criterio debe estudiarse desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo.¹⁸ Es decir, se analiza las condiciones socioeconómicas específicas y las obligaciones a cargo de los afectados. Por tanto, en ciertos casos, el costo del servicio puede afectar desproporcionadamente la estabilidad económica de personas con ingresos anuales no insignificantes. Por ejemplo, cuando el monto de un servicio de salud que se requiere sea superior a la mitad de sus ingresos.¹⁹

En segundo lugar, se aclara que reunidas las condiciones para acceder a un servicio

requerido con necesidad, la EPS deberá asumirlo; no obstante, le es permitido exigir un reembolso.²⁰ Sobre este tema, hay que tener en cuenta los criterios trazados en el literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 y en la sentencia C-463 de 2008, los cuales han precisado que tanto las EPS del régimen contributivo como las del régimen subsidiado²¹ deben poner a consideración de los respectivos Comités Técnicos Científicos todas las peticiones de los usuarios de cualquier tipo de servicio médico prescrito por el médico tratante que no se encuentre incluido en el POS o POS-S. De ser autorizadas, podría la respectiva entidad solicitar el recobro total del costo del servicio. Por el contrario, de no ser aprobada por la EPS, no se estudiare oportunamente o no se tramitare la misma ante el respectivo comité, y por ello la persona se viere obligada a acudir a la acción de tutela para lograr su suministro; conlleva a que los costos que se originen por dicha prestación deben ser cubiertos, en el régimen contributivo, por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En aquellos casos en que las entidades pertenezcan al régimen subsidiado, conforme quedó plasmado en la precitada sentencia, el costo de los servicios médicos no contemplados en el POS, deberá entenderse en el siguiente sentido: “la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”.

1. El concepto del médico tratante es el principal criterio para determinar el servicio que se requiere; no obstante, no es el único.

Como se indica, el servicio que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, al ser la persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente.²² Según la Corte, el médico tratante es aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de la prestación; por ende, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto.²³

Sin embargo, esta regla no es indefectible puesto que, en algunos casos, no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en una barrera al acceso del derecho constitucional a la salud. Por ejemplo, ello ha ocurrido cuando la entidad responsable

tuvo conocimiento de dicho concepto, pero no lo descartó con base en información científica y en la historia clínica particular sea porque: se valoró inadecuadamente a la persona; hubo ausencia de evaluación médica de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o en el pasado, la entidad apreció y aceptó su dictamen como médico tratante.²⁴

Así las cosas, la sentencia T-760 de 2008 indicó que esta excepción puede aplicarse cuando: (i) exista un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación; (ii) pero es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; y (iii) la entidad no lo ha desvirtuado, según las razones científicas pertinentes en el caso específico del paciente. Todo esto debido a que la entidad debe someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y si no desvirtúa el juicio del galeno externo, debe atender y cumplir lo que éste prescribió.

Asimismo, se explicó que ante un claro incumplimiento y tratándose de un caso de especial urgencia, “el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.²⁵” En armonía con lo anterior, frente a un caso límite, donde exista duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio pro homine, que se constituye en una valiosa pauta hermenéutica la cual ordena la adopción de la interpretación que mejor se compadezca con los derechos fundamentales en juego.²⁶

1. Caso concreto.

5.1. Antes de abordar el fondo del problema jurídico planteado, es preciso realizar algunas aclaraciones acerca de la legitimación por activa y de la no existencia de temeridad en la presente acción de tutela.

5.1.1. La señora Lyla Velosa Amature actúa como agente oficioso de Fernando Velosa Amature; precisó que es su hermana; y que él se encuentra en estado de coma permanente desde el 28 de mayo de 2005, situación que se haya acreditada según las

certificaciones médicas obrantes en el expediente. Así las cosas, es claro que el señor Velosa, al estar imposibilitado, no se encuentra en condiciones físicas o mentales para promover la defensa de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, la Sala considera que se reúnen los requisitos señalados en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991,²⁷ para reconocer a la accionante como agente oficiosa del señor Fernando Velosa Amature.

5.1.2. Es preciso que la Sala despeje toda duda de temeridad con el fin de abordar el fondo del problema jurídico planteado. Téngase en cuenta que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 consagra la actuación temeraria en materia de tutela de la siguiente manera:

A partir de esta norma, la Corte, ha señalado cuáles son los criterios para determinar si una acción es temeraria en los siguientes términos: (i) que las acciones de tutela se presenten en diferentes oportunidades, con base en los mismos hechos y reclamando la protección de los mismos derechos; (ii) que quien presenta la tutela sea la misma persona o su representante; (iii) que no exista una expresa justificación que respalde el trámite de la nueva acción de tutela.²⁸ Los dos primeros criterios han sido denominados por la jurisprudencia constitucional como la “triple identidad”²⁹ de hechos, derechos y sujetos.

De acuerdo con las pruebas aportadas, se constató que la demandante, el 25 de julio de 2005, interpuso acción de tutela con similares hechos y pretensiones. En aquella oportunidad recurrió a la defensa de sus derechos teniendo en cuenta que su hermano había sufrido un accidente cerebro vascular el 28 de mayo de 2005, por cuyas complicaciones fue diagnosticado en estado de coma permanente; y solicitó que Compensar EPS asumiera el costo de: el servicio de enfermería especializada, la hospitalización y el cubrimiento de implementos destinados para el aseo de su hermano, entre otras. El juez 59 Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de 9 de agosto de 2005, tuteló los derechos fundamentales del afectado y ordenó a la EPS Compensar que autorizara o restableciera la realización y/o continuación de los procedimientos médicos necesarios y el suministro de los medicamentos que en forma eficaz y oportuna requiriera el señor Fernando Velosa Amature, en especial el servicio de enfermería permanente conforme lo prescrito por su médico tratante hasta que se demostrare que

el Estado asumiera la protección del enfermo, o el propio afectado o su núcleo familiar se encontrare en condiciones de asumir el costo que demanda su tratamiento.

En esta ocasión, solicita que sea suministrado por parte de Compensar EPS los gastos que se generen por la hospitalización de su hermano en una clínica de cuidados especializados, así como aquellos insumos para su higiene personal, en especial el costo de pañales.

No obstante, existe por lo menos un hecho nuevo relevante que justifica la presentación de otro recurso de amparo. Se trata del transcurso de tres años, lo que significa que en esta ocasión se analizan las actuales condiciones de salud de su hermano, que pueden generar que se vea enfrentado a nuevas circunstancias que incrementen la relevancia de ser internado en una clínica especializada; e incluso que sus condiciones económicas sean diferentes, y se perciba su imposibilidad de costear algunos insumos necesarios para su higiene personal. Además, la tutela encuentra justificación por el hecho de tratarse de una persona en condiciones de debilidad manifiesta, por estar sometido a un estado de coma y a quien en anterior oportunidad le habían sido conculcados sus derechos fundamentales.

5.2. En el caso sub judice, la agente estima vulnerados los derechos fundamentales del agenciado, al negarle los servicios de estancia en una clínica de cuidados intermedios y el suministro de ciertos insumos para su higiene personal como los pañales. Sustenta la demanda en los siguientes hechos: (i) su hermano requiere que sea internado en una clínica que pueda brindarle los cuidados especializados, así como de algunos implementos para su higiene personal, (ii) ha estado en una institución de cuidados intermedios desde hace tres años, la cual le otorga los cuidados para mantener su vida en condiciones dignas; servicio costeadado a partir de una pensión de vejez que le fue reconocida al afectado, así como de los ingresos de arrendamiento de un inmueble de su propiedad, (iv) que los ingresos del señor Fernando son inferiores a los gastos que se derivan de su estado de salud, como el costo en la clínica y los insumos para su higiene personal, especialmente los pañales; (v) carece de la capacidad económica para continuar sufragando dichos servicios.

La EPS considera que no ha vulnerado los derechos del paciente con base en cuatro

razones. Primero, que a raíz del fallo del Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá, de fecha 9 de agosto de 2005, al actor le han otorgado todos los servicios de salud para atender integralmente su patología, incluso el servicio de enfermería durante 24 horas. Segundo, que los ingresos del señor Fernando le permitían adquirir los elementos de su aseo personal. Tercero, que la actora presentó una solicitud para que asumiera la hospitalización en una institución de cuidados intermedios, la cual fue negada el día 1° de julio de 2008, por cuanto ello no constituía un acto médico. Cuarto, que el 14 de julio de 2006, le habían indicado a la actora que como su hermano se encontraba recluido en la Clínica San Luis, destinada a la atención a pacientes crónicos somáticos; era atendido por la dependencia de enfermería entrenada durante las 24 horas y solamente garantizarían el servicio de enfermería durante el día debido a que en la noche podía ser vigilado por el personal de la unidad de cuidados intermedios, según había indicado su médica tratante el 30 de junio de 2006.

En primer lugar, la Sala determinará si los servicios que solicita la demandante son requeridos. Como se señaló, ello debe ser ordenado por el médico tratante. Si bien el galeno del señor Velosa no ha autorizado el servicio de hospitalización en una institución de cuidados intermedios, la Sala estima que la EPS debió valorar las circunstancias específicas en las que él se encuentra.

El día 28 de febrero de 2008, la agente solicitó a la EPS que asumiera los costos que generaban la atención especializada en la Clínica San Luis, donde su hermano había sido atendido desde la fecha en que sufrió el accidente cerebro vascular, esto es, desde el 28 de mayo de 2005 (folio 8 del cuaderno principal). En esta misiva, puso de presente los diferentes cuidados que eran necesarios y que ameritaban su hospitalización. Frente a esto, la EPS se limitó a señalar que la petición no constituía un acto médico. No obstante, no procedió a que se valorara al paciente, según un criterio médico, acerca de la necesidad de la hospitalización. Además, era claro que conocía que el afectado se encontraba interno en la institución de cuidados intermedios San Luis desde mucho tiempo atrás y que allí le otorgaban tratamiento dirigido a atender su patología. Ante esta situación, la EPS debió adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que se practicaran las pruebas que hubieren permitido establecer si era requerido el servicio.

Por tanto, en el presente asunto no existe certeza de que la hospitalización no sea

necesaria. En cambio, la posición de la agente es respaldada por tres criterios médicos externos, quienes consideran que es forzosa la atención del señor Velosa en una institución hospitalaria de nivel II, como lo es la unidad de cuidados intermedios San Luis; por las secuelas del accidente cerebro vascular que le dejó y que exigen permanentemente de ciertos cuidados (folios 97, 98 y 99 del cuaderno principal). El primero de ellos, el Dr. Álvaro Rodríguez Núñez, especialista en medicina interna, certifica que ha sido el médico tratante del afectado. El segundo, fue suscrito por Ramiro Moisés Vergara Campillo, Master en Neurociencias y Biología del Comportamiento. El tercero, por Rosario Gómez de Galvis, medica-cirujana de la Universidad Javeriana.

Todas estas circunstancias no debieron ser inadvertidas por la EPS y ahora la Sala no puede dejar de valorarlas. Recuérdese que ante un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada el acceso al servicio de salud previsto por el médico externo, sin que ello sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad.

El asunto sometido a revisión adquiere el carácter de urgente, teniendo en cuenta la especial circunstancia en la que está el señor Velosa, quien por su estado de salud, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente, ante un caso límite cobra importancia la aplicación del principio pro homine, que nos conduce a adoptar la interpretación más favorable a la protección de los derechos del agenciado, que en el sub lite se materializa en la necesidad que sea internado en una clínica especializada.

Además, no se pasa por alto que el costo generado por la hospitalización puede convertirse en una carga que no puede ser soportada de manera continua. Se reitera que cuando se encuentra en juego la vida, la salud y la dignidad; el derecho constitucional puede verse comprometido por la falta de capacidad económica de la persona para acceder a determinada asistencia. Esta situación se aprecia con criterios cualitativos y no cuantitativos. Es decir, se estudian las condiciones socioeconómicas específicas en las que se encuentre y si el acceso a los servicios que se requieren implica una perturbación desproporcionada a su estabilidad económica.

Téngase en cuenta que al señor Velosa se le reconoció una mesada pensional por

concepto de \$2.514.791; que con los descuentos de \$314.400, por salud y \$770.137, debido a un embargo decretado por un juez de familia (folio 19 del cuaderno principal); le son asignados \$1.430.254. A ello, agregamos la suma de \$700.000, por el canon de arrendamiento que la agente afirma recibir. Así las cosas, obtendría mensualmente \$2.130.254 aproximados. Ahora bien, el servicio de hospitalización en la clínica de San Luis, según factura cambiaría para el mes de junio de 2008, ascendió a \$1.550.000. Desde este panorama, la erogación por el servicio requerido sería superior a la mitad de sus ingresos; valor que afectaría desproporcionadamente el mínimo vital del agenciado. Sin embargo, no sucede lo mismo con el suministro de pañales u otros insumos indispensables para el cuidado personal del paciente, por cuanto su costo no resulta exagerado.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a revocar los fallos de instancia, para en su lugar conceder el amparo solicitado, al estimar ineludible la intervención del juez constitucional para el restablecimiento y la protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud del hermano de la agente. En consecuencia, ordenará a Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, garantice el acceso a la estancia del señor Fernando Velosa Amature en una institución hospitalaria de nivel II, especializada en cuidados intermedios. Finalmente, en caso de ser pertinente, la EPS Compensar podrá solicitar el recobro ante el Fosyga, teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-463/08 y el literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007. Recuérdese que las EPS deben poner a consideración de los respectivos Comités Técnicos Científicos todas las peticiones de los usuarios de cualquier tipo de servicio médico que no se encuentre incluido en el plan de salud. De ser autorizadas, podría solicitar el recobro total del costo del servicio. Si no es aprobada, no se estudia oportunamente o no se tramita la misma ante el respectivo comité, y por ello la persona se ve obligada a acudir a la acción de tutela para lograr su suministro; los costos que se originen por dicha prestación deben ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga en el régimen contributivo.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte

Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE

Primero.- Revocar las sentencias proferidas las sentencias proferidas por el Juzgado 51 Civil Municipal y el Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá los días 31 de julio y 1° de septiembre de 2008 respectivamente. En su lugar, Conceder el amparo solicitado para proteger al señor Fernando Velosa Amature sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la integridad personal.

Segundo.- Ordenar a la EPS Compensar que, a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, garantice el acceso a la estancia del señor Fernando Velosa Amature en una institución hospitalaria de nivel II, especializada en cuidados intermedios, según las consideraciones de esta providencia.

Tercero.- Advertir a la EPS Compensar que, en caso de ser pertinente, podrá solicitar el recobro ante el FOSYGA, teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-463/08 y el literal j del artículo 14 de la ley 1122 de 2007.

Cuarto.- Líbrense, por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Cfr. T-016 de 2007, T-200 de 2007, T-233 de 2008, T-517 de 2008, T-548 de 2008, T-760 de 2008, T-120 de 2009.

2 Recuérdese que de acuerdo con el artículo 49 de la Carta Política, la salud es un derecho y un servicio público, cuya prestación es organizada y coordinada por el Estado y en virtud del texto superior, debe garantizarse a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

3 “La jurisprudencia sobre el acceso a los servicios de salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras sentencias, pueden consultarse al respecto, la SU-480 de 1997 (...) y la SU-819 de 1999 (...).”

4 Sobre este aspecto, la sentencia T-760 de 2008 indicó: “De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.”

5 La sentencia T-005 de 2005 consideró: “toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud.”

6 “Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (...), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, “(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista

dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...).”

7 El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (...), SU-480 de 1997 (...), SU-819 de 1999 (...), T-076 de 1999 (...), y T-344 de 2002 (...).”

8 “Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (...), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.”

9 En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que ´ (...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...) ´ que se necesitan. (...). “

10 “En la sentencia T-042 de 1996 (...), por ejemplo, la Corte señaló: `En consecuencia, la condición de afiliada al Instituto de Seguros Sociales de la señora Sossa Alzate, la hace acreedora de las prestaciones propias del derecho subjetivo a la seguridad social, específicamente de aquellas que se relacionan con la recuperación de su salud, por lo que estaba legitimada para exigirla del ISS cuando acudió a esa institución en procura de alivio. || Se encuentra acreditado también, que han transcurrido más de veintisiete (27) meses desde que el especialista asignado para tratarla ordenó programar la cirugía que requiere, y el Instituto de Seguros Sociales no ha atendido tal orden, suspendiendo así, de hecho e injustificadamente, el pago de las prestaciones de salud que debe a la actora por su condición de afiliada-jubilada, aduciendo como única razón de su irregular proceder, su propia ineficiencia. || Por el lapso arriba anotado, la señora Sosa Alzate ha tenido que padecer, sin el auxilio médico que se le debió prestar, el dolor persistente y la disminución funcional de su pierna izquierda, generados por la deformación de la cabeza del fémur. La omisión del ISS no sólo ha afectado seriamente la integridad física de la actora, sino también su tranquilidad personal, lo que redundo en el desconocimiento

de su derecho a una vida digna. || De todo lo expuesto se concluye que el derecho a la seguridad social, en lo que corresponde específicamente con el derecho a la salud de la actora, tiene el carácter de derecho fundamental; además, está probado que tal derecho ha sido vulnerado, y que la violación es imputable al Instituto de Seguros Sociales.´ Al respecto también se pueden ver, entre otras, las sentencias, T-005 y T-008 de 2005 (...); en ambos casos se ordenó garantizar el acceso a un servicio de salud incluido dentro del POS que requerían los accionantes (cirugía de cataratas), el cual no había sido autorizado. Sobre esta cuestión, ver también la sentencia T-762 de 2007 (...).”

11 “Estos criterios fueron establecidos en estos términos 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 practicara del servicio requerido (examen 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.´”

12 “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 (...).”

13 Ver, entre otras, las sentencias T-829 (...), T-841 (...), T-833 (...) y T-868 de 2004 (...); T-096 de 2005 (...).”

14 “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 (...).”

15 “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, ...]”

16 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; esta condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 (...) y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 (...) y T-597 de 2001 (...).”

17 T-1022 de 2005.

18 Cfr. sentencia SU-225 de 1998.

19 Cfr. sentencias T-1066 de 2006, T-044 de 2007 y T-760 de 2008.

20 Al respecto, la sentencia T-760 de 2008 precisó “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 sí 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.”

21 A partir de la ley 1122 de 2007, deben entenderse como EPS del régimen subsidiado, las anteriormente denominadas Administradoras del Régimen Subsidiado-ARS-.

22 Sentencia T-760 de 2008, ib.

23 Cfr. sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

24 Cfr. sentencias T-304, T-835, T-1041 y T-1138 de 2005; T-662 de 2006; T-500 de 2007; T-083 y T-151 de 2008; entre otras.

25 “Al respecto, ver entre otras, la sentencia T-083 de 2008 (...).”

26 Esta Corporación ha aplicado el principio pro homine para la protección del derecho a la salud, entre otras, en las siguientes sentencias: T-037, T-308, T-730 y T-945 de 2006; T-200, y T-499 de 2007.

27 El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere violados o amenazados sus derechos fundamentales, quien podrá actuar directamente o a través de representante. Además la norma contempla la figura de la agencia oficiosa, al establecer: “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”. De acuerdo con la amplia jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, la figura de la agencia oficiosa tiene lugar (i) cuando la persona invoque de manera expresa su utilización o ello se desprenda claramente del relato formulado, y (ii) cuando efectivamente se acredite la imposibilidad de acudir personalmente en procura de los derechos.

29 Véase sentencia T-767 de 2005.