

Sentencia T-622/12

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público esencial

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Desarrollo del derecho a la salud y seguridad social

ACCION DE TUTELA PARA SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS INCLUIDOS EN EL POS-Procedencia

ACCION DE TUTELA PARA SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS O TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Procedencia excepcional

TRATAMIENTOS, MEDICAMENTOS O IMPLEMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Condiciones para su autorización

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para reclamar medicamentos o procedimientos no incluidos en el POS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afectación del equilibrio financiero cuando autoriza medicamentos, tratamientos o implementos médicos excluidos del POS

PRESTACION MEDICA EXCLUIDA DEL POS-Prueba de incapacidad económica del usuario para sufragar el costo del medicamento

REGIMEN CONTRIBUTIVO-Presunción de capacidad de pago no es absoluta

SISTEMA DE SALUD-Reglas probatorias de la capacidad de pago del usuario

REGIMEN CONTRIBUTIVO-Afectación del principio de gastos soportables por cargas desproporcionadas del afiliado

PRINCIPIO DE GASTOS SOPORTABLES-Aplicación del principio de proporcionalidad

ACCESO A SERVICIOS DE SALUD SEXUAL-Procedencia de la acción de tutela

ACCION DE TUTELA CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE UNIVERSIDAD-Asumir costo de medicamento no incluido en el POS por no existir falta de capacidad económica

Referencia: expediente T- 3.372.127

Acción de tutela instaurada por Argemiro José Ramos Lara, contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las señaladas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

I. ANTECEDENTES

El primero (01) de noviembre de dos mil once (2011), el señor Argemiro José Ramos Lara, interpuso acción de tutela contra la Directora de la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a una vida digna, a la vida en relación y a la seguridad social. El accionante sustenta sus pretensiones en los siguientes

1. HECHOS:

1. Fue pensionado por la Universidad de Córdoba desde el 31 de agosto de 1998, y es actualmente afiliado al sistema general de seguridad social en salud de la Unidad Administrativa Especial de Salud de la misma Universidad.

2. Manifiesta que desde hace muchos años viene padeciendo problemas renales y de próstata, que le han causado impotencia sexual. Motivo por el cual, fue remitido al médico especialista en urología, doctor Hernán Guillermo Berrocal Fernández, quien presta sus servicios a los afiliados y beneficiarios de la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba.

1. Señala que por prescripción del mencionado médico tratante, requiere del medicamento ALPROSTADIL AMPOLLA (Caverject de 20mcg), para el control de su problema urológico.

1. A raíz de lo anterior, el señor Ramos Lara ha solicitado en varias ocasiones dicho medicamento a la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba, y el mismo ha sido negado por el Comité Técnico de esa Unidad, a pesar de contar con prescripción científica especializada, y de ser “una obligación suministrarlo como afiliado de ese fondo de salud”.

1. Finalmente acota que su condición económica no le permite adquirir por su propio medio el medicamento formulado.

1. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela.

Con fundamento en los hechos narrados, el señor Argemiro José Ramos Lara solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a una vida digna, a la vida en relación y a la seguridad social que consideró fueron presuntamente vulnerados por la entidad demandada, al negarse a autorizarle el medicamento prescrito Alprostadil Ampolla (caverject de 20mcg), con el fin de remediar su problema de impotencia sexual.

En consecuencia, solicita ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba que se autorice, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, el medicamento Alprostadil ampolla (caverject de 20 mcg) formulado por el médico especialista en urología, doctor Hernán Guillermo Berrocal Fernández. Así mismo, pretende prevenir a la accionada para que en lo sucesivo se abstenga de violar los derechos fundamentales.

1. Respuesta de la entidad demandada.

La señora Gloria Montes Vergara, en su calidad de Directora encargada de la Unidad

Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba contestó la acción de tutela de la referencia manifestando lo siguiente:

“No es cierto que este medicamento controla los problemas urológicos, toda vez que es un coadyuvante en el tratamiento de las funciones urogenitales, por disfunción eréctil, pues si bien la droga mejora la función, no corrige el problema de la disfunción eréctil.

A su turno, indica que el Comité Técnico no aprobó el medicamento Alprostadil Ampolla (caverject de 20 mcg) por cuanto no se encuentra en los planes de beneficio que ofrece la Unidad Administrativa Especial, y además, porque según la mesada pensional que devenga el accionante, el costo de dicho medicamento prescrito puede ser sufragado por su propio medio económico.

4. Elementos de prueba que obran en el expediente

Las pruebas documentales relevantes que obran el expediente son las siguientes:

* Fotocopia del carnet no. 17307329, perteneciente al señor Ramos Lara, como afiliado al sistema general de seguridad social en salud del fondo de salud E.A. Universidad de Córdoba. (folio 3).

* Fotocopia de la Resolución Número 3273 del 31 de agosto de 1998, por la cual la Universidad de Córdoba reconoce el pago de pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del accionante. (folio 4).

* Solicitud de fecha 12 de octubre de 2011, del paciente (Argemiro José Ramos Lara) al Comité Científico de la Unidad Administrativa Especial de Salud, con el objeto de requerir la autorización del medicamento. (folio 9).

* Acta No. 386 del 13 de octubre de 2011, del Comité Técnico de la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba, en la cual: “no se aprueba el medicamento solicitado por estar fuera de los planes de beneficios, el costo de este debe ser asumido por el paciente”. (folio 8).

* Orden médica de fecha 04 de octubre de 2011, en la cual el Dr. Hernán Berrocal prescribe el medicamento Alprostadil (Caverject de 20 mcg), ampolla #9. (folio 10).

* Historia clínica del paciente Argemiro José Ramos Lara. (folios 11-14, 17-18).

* Solicitud y justificación del médico tratante del uso del medicamento no POS. (folio 15).

* Acta No. 116 calendada el 04 de abril de 2011, suscrita por el Comité Técnico de la Unidad Administrativa Especial de Salud, en la cual: “se analiza la solicitud y se decide no aprobar por considerar que es un medicamento coadyuvante al tratamiento de la causa específica”.

* Soporte de pago de la nómina – mesada pensional, mes de octubre de 2011, a favor del señor Ramos Lara. (folio 41).

II. ACTUACIONES PROCESALES

1. Primera instancia.

La acción de tutela fue presentada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, Córdoba, que mediante providencia del 16 de noviembre de 2011 tuteló los derechos a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas y protección de los derechos de la tercera

edad del accionante, al considerar que el hecho de no suministrar el medicamento formulado es violatorio de los derechos fundamentales del accionante.

Manifiesta el a-quo que la condición del ser humano es la de conservar en óptimas condiciones el estado de salud, y por ende, la vida en condiciones dignas. Por lo que de no atenderse el estado de salud del señor Argemiro José Ramos Lara, se pone en peligro inminente su derecho a la salud en conexidad con los derechos a la seguridad social, la vida en condiciones dignas y la protección especial de las personas de la tercera edad.

Finalmente, menciona las sentencias T-260 de 1998, T-099 de 2006 y T-465 de 2002, relativas al derecho a la vida, y al goce de una vida sexual en condiciones normales como parte del derecho a la vida.

2. Impugnación.

La Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba, como entidad demandada, presentó el 18 de noviembre de 2011 escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Argumentó la accionada que el señor Argemiro José Ramos Lara no tiene la calidad de adulto mayor, según la definición dada por el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, con lo cual se “sorprende” de la decisión del juez en primera instancia.

De igual manera, manifiesta que el medicamento prescrito por el médico tratante no se encuentra dentro del plan de beneficios que ofrece la Unidad Administrativa Especial de Salud, y que la capacidad económica del accionante no es limitada, pues: “de acuerdo con su colilla de pago es palmario que su mesada pensional es de dos millones setecientos catorce mil trescientos treinta y dos pesos (\$2.714.332) lo cual le permite vivir dignamente y asumir el medicamento caverject de 20mcg”.

3. Segunda instancia.

La Sala Constitucional de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, revocó la sentencia del 16 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería por medio de sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011.

Consideró el ad-quem lo siguiente:

“Vistos los hechos que motivaron la presente acción de tutela, y teniendo en cuenta así mismo las diferentes posiciones jurisprudenciales relacionadas y los requisitos que han sido fijados, ésta corporación vía Internet consultó el valor del medicamento prescrito, en la página Web www.caprecom.gov.co teniéndose que ALPROSTADIL 20 MCG AMPOLLA (CAVERJECT) tiene un costo de \$156.073, lo cual indica que el accionante puede sufragar los gastos de la adquisición de la misma, pues tres ampollas de ALPROSTADIL 20 MCG AMPOLLA (CAVERJECT) por mes asciende a la suma de \$468.219 lo que correspondería a un 21% del neto recibido en su pensión, no afectando el mínimo necesario para su subsistencia como el de su familia. Además el medicamento no ha sido prescrito como medicina de por vida, si no por tres meses, lo que indica que no tendría que sufragar su costo en forma indefinida”.

Acotó la sentencia de segunda instancia que si bien la disfunción eréctil se configuró como una secuela de una enfermedad de la próstata y de los problemas renales, está determinado que no se cumple con uno de los requisitos exigidos para la procedencia de la acción y es que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, pues según la asignación salarial del accionante sí posee de los medios económicos necesarios para asumir el medicamento, además no demostró que careciera de los recursos para costear el mismo.

Por otra parte, refutó que la sentencia de primera instancia tutelara los derechos de la tercera edad del accionante como sujeto de especial protección, ya que a juicio de la citada Sala del Tribunal Superior de Montería y de conformidad con la sentencia T-138 de 2010 una persona ostenta dicha calidad a partir de los 72 años de edad.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

Corresponde a esta Sala proferir sentencia de revisión de la acción de tutela impetrada por el señor Argemiro José Ramos Lara contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba. Manifiesta el tutelante que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, a una vida digna, a la vida en relación y a la seguridad social, con la negativa dada por la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba, de asumir el costo y autorizar el medicamento ALPROSTADIL AMPOLLA CAVERJECT 20MCG, el cual fue prescrito por su médico tratante para contrarrestar los problemas de disfunción eréctil que padece. Argumenta la entidad accionada que este medicamento se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) y puede ser asumido directamente por el accionante.

El juez de primera instancia concedió el amparo constitucional y tuteló los derechos a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas y derechos de la tercera edad del señor Argemiro José Ramos Lara. Posteriormente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, revocó en segunda instancia la decisión del a-quo, al sostener que el actor tiene los recursos económicos suficientes para asumir el costo del medicamento prescrito por su médico tratante, por cuenta de la mesada pensional que devenga. Además señaló que el señor Ramos Lara no tiene la calidad de persona de tercera edad.

De esta forma el problema jurídico que plantea la acción de tutela interpuesta consiste en determinar: (i) la procedencia de la acción de tutela cuando sea negada la entrega de un medicamento específico por encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS); (ii) la prueba de incapacidad real de sufragar el costo del medicamento por parte del paciente y posteriormente se procederá al (iii) análisis del caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela cuando sea negada la entrega de un medicamento específico por encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El sistema de seguridad social como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos 48 y 49 constitucionales, representa la obligación que tiene el Estado de garantizar en forma

real y efectiva, el acceso a los servicios de salud, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, con el propósito de mantener o recuperar la salud de los ciudadanos y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

De manera reiterada, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el desarrollo más importante de los derechos constitucionales a la salud y a la seguridad social es el Sistema de Seguridad Social Integral. Así, cuando el desconocimiento injustificado de las prestaciones económicas o asistenciales establecidas en este sistema afecte de manera directa derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida o la dignidad humana, procede la acción de tutela, entre otros, para ordenar la prestación de servicios médicos, incluso aquellos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS), ordenándose para el efecto, la inaplicación de las normas legales o reglamentarias referentes a las exclusiones de este plan o la aplicación directa de las disposiciones constitucionales.

En el caso en el cual un medicamento o tratamiento solicitado se encuentre incluido en los planes obligatorios de salud del respectivo régimen, la Corporación ha establecido que la acción de tutela procede sin necesidad de demostrar la conexidad con derecho fundamental alguno, ya que las prestaciones allí contenidas son obligatorias para las entidades encargadas de prestar los servicios de salud y generan derechos subjetivos de carácter fundamental y autónomo para los ciudadanos, susceptibles de protección directa por medio de la acción de tutela¹.

Por el contrario, en los casos en los cuales se le niega a un ciudadano cierto medicamento, tratamiento o implemento médico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela solo podrá proceder si se reúnen ciertos requisitos, por cuanto en la actualidad el Sistema de Seguridad Social en Salud no se encuentra en la capacidad real de suministrar todos los medicamentos y tratamientos que requiere la población para el cuidado de su salud. Por lo que aquellos medicamentos, exámenes o procedimientos excluidos de dicho sistema, deben satisfacerse como regla general, por cuenta del afiliado o beneficiario.

(i) Que la falta del medicamento, implemento o procedimiento excluido amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la dignidad del afiliado; (ii) que no exista un medicamento o tratamiento sustituto dentro del POS o que existiendo este, no

obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos; (iii) que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido; (iv) que el paciente no pueda acceder al tratamiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y (v) que el medicamento, tratamiento o implemento médico hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante².

Los anteriores requisitos deben acreditarse en su totalidad por parte del demandante para acceder vía tutela y de forma excepcional al medicamento prescrito y excluido del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que los recursos con los que cuenta el sistema de seguridad social en salud son limitados.

Al respecto la Corporación ha señalado:

“No obstante el reconocimiento constitucional del principio de la solidaridad, es preciso manifestar que el Estado colombiano -que no es un Estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable, tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud. En cuanto a los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, estos son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad”³.

En este orden de ideas, la acción de tutela resulta procedente, una vez acreditados los requisitos jurisprudenciales anteriormente citados, con la finalidad de proteger el derecho a la salud primordialmente, cuando la vulneración iusfundamental afecte de manera conexa derechos fundamentales, cuando el derecho se pregone de un sujeto de especial protección constitucional, o esté dirigido funcionalmente a materializar la dignidad humana. Lo expuesto, sin consideración a que los servicios médicos requeridos por el tutelante se encuentren o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Empero, es importante recordar que, en principio, las Empresas Promotoras de Salud sólo están obligadas a responder por los servicios determinados dentro del marco legal que regula la materia. Lo anterior, debido a la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero en la relación jurídica

que existe entre el Estado y las Entidades Promotoras de Salud, pues como lo ha indicado esta Corte, éstas son simplemente delegatarias de aquél en la prestación del servicio público de seguridad social integral⁴.

Respecto a la afectación del equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud por el hecho de autorizarse medicamentos, tratamientos o implementos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la Corte Constitucional consideró en la sentencia SU-819 de 1999, lo siguiente:

“Entiende la Corte que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley, cuando se exige que el Fondo de Solidaridad y Garantía asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los respectivos regímenes, o cuando igualmente se impone a las EPS su asunción, no teniendo la capacidad económica ni los recursos para cubrir prestaciones, procedimientos o tratamientos que están por fuera del Plan, pues ello incide necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio Sistema, y en especial en el cumplimiento adecuado y eficaz de las funciones a cargo del Fondo. En consecuencia, cuando ese Fondo no recibe los giros y las transferencias correspondientes con los cuales pueda cumplir su objeto, cual es garantizar la eficacia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o cuando sus recursos son utilizados para cubrir tratamientos o procedimientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se pone en grave peligro la solvencia y eficiencia del Sistema, al igual que los derechos fundamentales de todos y cada uno de los afiliados y los principios constitucionales de la solidaridad y de la prevalencia del interés general”. (Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, con el objeto de salvaguardar el sistema de seguridad social en salud, cuando se trate de autorizar medicamentos o tratamientos que se encuentren por fuera de los planes obligatorios de salud es requisito sine qua non por parte de los jueces de tutela verificar todas las condiciones establecidas por la Corporación para la procedencia del amparo, y siempre que se establezca el incumplimiento de alguna de ellas se debe considerar como improcedente su protección constitucional.

1. Prueba de incapacidad real de sufragar el costo del medicamento por parte del paciente.

Como quedó anotado en precedencia, una de las exigencias jurisprudenciales para que vía tutela se ordene a la entidad prestadora de servicios de salud, una prestación médica excluida del Plan Obligatorio de Salud, es el referido a la falta de capacidad económica del usuario del servicio para sufragar el costo del medicamento. Su acreditación encuentra justificación en la necesidad de mantener en equilibrio el régimen contributivo de salud⁵.

En relación a la capacidad económica, la Corte Constitucional ha considerado que:

“Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere”⁶.

De esta forma, los afiliados al sistema de seguridad social en salud que cuenten con capacidad de pago para costear los servicios médicos prescritos y excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deben asumir el valor total que corresponda por el tratamiento, medicamento o implemento médico prescrito. Existe la presunción de que, quien se encuentre en el régimen contributivo tiene capacidad de pago. Sin embargo, al respecto, ha considerado esta Corte que dicha presunción no opera de manera absoluta, pues hay que tener en cuenta las particularidades de cada caso estudiado⁷.

Precisamente para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación reiteró en la sentencia T-1066 de 2006 las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances

contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad⁸.

Es claro entonces que, en principio, corresponde a quien acude a la acción de tutela probar que no cuenta con los recursos económicos para asumir el costo de los servicios médicos formulados, pero cuando el actor realice una afirmación o negación indefinida en tal sentido, la carga de la prueba se invierte, es decir, corresponderá a la entidad demandada probar la capacidad económica del paciente. No obstante, este hecho no releva de la obligación que tiene igualmente el juez constitucional, de desplegar una actividad positiva, a través de los diferentes medios de prueba tendientes a determinar la verdadera y real capacidad de pago del tutelante, cuando de las pruebas que obran en el expediente, no es posible obtener certeza sobre la misma.

La jurisprudencia de la Corte indica que el juez de tutela desempeña un papel protagónico al momento de establecer probatoriamente la incapacidad de pago. Al respecto, debe anotarse que en muchos de los casos resulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectuar el pago. Es posible plantear, entonces, hipótesis en las cuales (i) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respecto a esta específica capacidad o (ii) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad pero deviene en carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares. El manejo de estos problemas debe ser impulsado por la jurisprudencia correspondiente en los casos concretos.

Sin embargo, la actividad positiva desplegada por parte del juez, debe proyectarse no solamente respecto de la recaudación de las pruebas necesarias para demostrar la

capacidad económica de quien solicita el amparo constitucional, sino hacia la valoración integral de las mismas, de tal suerte que, de comprobarse la existencia de recursos económicos, debe establecerse igualmente si los costos de la prestación de servicios médicos, constituyen gastos soportables¹⁰. Lo dicho se traduce en que, de asumirse el costo de los servicios médicos, no se afectan otros derechos y garantías constitucionales de forma desproporcionada. “De comprobarse, en el caso concreto, que la atención en salud para el peticionario representa un gasto exagerado (no soportable), entonces habrá de concluirse que el requisito de la falta de capacidad de pago para costear una prestación excluida del P.O.S. se cumple”¹¹.

Entonces, los jueces de tutela deben establecer no solamente la incidencia económica que tiene en el patrimonio neto de quien acude a la protección constitucional, sino también la referida a los efectos reales del gasto sobre la situación material, personal y familiar que soporta el tutelante de cara al conflicto que se está presentando y que precisamente debe resolverse.

En este orden de ideas, no basta que el juez tenga por probada la capacidad económica de quien acude a la tutela con el simple argumento de que la persona cuenta con algunos bienes y enunciar los mismos, sino que debe hacerse una integración de este aspecto con las demás pruebas arrimadas y recaudadas al expediente para establecer en la medida de lo posible la solvencia económica real para asumir el costo del tratamiento, medicamento, o implemento médico que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y que son imprescindibles para la recuperación de las condiciones normales de salud de quienes acuden al amparo constitucional.

Lo anterior, debido a la necesidad de establecer del flujo de ingresos de la persona, la parte del mismo que puede dedicarse a la asunción de los servicios médicos requeridos, de tal suerte que no se afecten otras garantías fundamentales, que no se relacionan necesariamente con el mínimo vital, pues basta que el afiliado al régimen contributivo asuma una carga desproporcionada para que se vea afectado el principio de “gastos soportables”¹².

La Corte Constitucional en sentencia T-884 de 2004, M.P. Humberto A. Sierra Porto consideró que el principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de

proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los peticionarios acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva.

Como casos concordantes al presente, la Corte Constitucional en sentencia T-1276 de 2001, negó un tratamiento odontológico a un hombre que sufrió un accidente y perdió 11 dientes del maxilar inferior, aduciendo que como el actor no aportó ninguna prueba que demostrara su incapacidad económica para costear el suministro solicitado, no se cumplían los presupuestos fijados por la Corporación para hacer viable la procedencia de la acción de tutela.

En otra providencia¹³, la Corte Constitucional confirmó la decisión del juez de segunda instancia “por considerar que si bien se verifican algunos de los elementos señalados por la jurisprudencia constitucional para garantizar el acceso a un servicio de salud no contemplado en el POS, uno de ellos, el tercero (iii), referente a la capacidad económica, no se verifica. No existe prueba alguna que demuestre o constituya un indicio de que la accionante no puede asumir el costo del medicamento solicitado”¹⁴.

1. Análisis del caso en concreto.

En el presente asunto, el señor Argemiro José Ramos Lara consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, vida en relación y seguridad social, por cuanto la Unidad Administrativa Especial de Salud de la Universidad de Córdoba negó el medicamento ALPROSTADIL AMPOLLA CAVERJECT DE 20mcg, que le fuese prescrito por el médico especialista adscrito a dicha Unidad, como parte de un tratamiento médico para controlar problemas urológicos de impotencia sexual.

En primer lugar, es pertinente analizar con respecto al caso en concreto, el cumplimiento de los presupuestos exigidos por la Corporación para la procedencia de la acción de tutela frente a medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, particularmente el relativo a la capacidad económica del tutelante para sufragar por sí mismo el medicamento prescrito, y de esta manera determinar, si la acción de la referencia reúne los requisitos conforme a derecho para ordenar la autorización de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Respecto al acceso de servicios de salud sexual, la Corte Constitucional, de acuerdo con su jurisprudencia¹⁵, apoyada en la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos humanos, ha reconocido que este tipo de prestaciones son exigibles por vía de tutela por estar amparadas en los derechos fundamentales a la vida digna, salud y libre desarrollo de la personalidad, bien cuando están incluidas en el POS y en igual sentido, cuando se cumplen los requisitos que esta Corte ha exigido para el reconocimiento de prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, en la acción de tutela presentada por el señor Ramos Lara, se realizó una negación indefinida del siguiente tenor: “Mis condiciones económicas no me permiten adquirir por mis propios medios el medicamento formulado por el doctor Berrocal”. (Folio 1). En virtud de lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, por lo cual, correspondía en este asunto, que la entidad demandada desvirtuara dicho medio de prueba. Como consecuencia, se trasladó la carga de la prueba a la entidad demandada, quien aportó en el escrito de impugnación, “colilla de pago” de la mesada pensional del señor Ramos Lara, referente al mes de octubre del año 2011. (Folio 41).

Así las cosas, de acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente, a saber: resolución de pensión mensual vitalicia de jubilación (folio 4) y soporte de pago de pensión del mes de octubre de 2011 (folio 41); el señor Argemiro José Ramos Lara recibe una mesada pensional de dos millones setecientos catorce mil trescientos treinta y dos pesos (\$2.714.332), la cual después de deducida, se reduce a una asignación neta de dos millones doscientos treinta y cinco mil seiscientos sesenta y un pesos (\$2.235.661), lo cual desvirtúa probatoriamente la negación indefinida planteada y aducida por el tutelante de no contar con capacidad económica para sufragar el medicamento prescrito.

Adicionalmente, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería determinó a través de consulta en línea, según página web www.caprecom.gov.co el valor del medicamento prescrito, el cual tiene un costo actual de \$156.073. (Folio 4, cuaderno principal). La anterior prueba revela que el señor Argemiro José Ramos Lara puede perfectamente sufragar el medicamento, pues las tres ampollas formuladas por su médico tratante de ALPORSTADIL 20 MCG AMPOLLA CAVERJECT ascienden a la suma mensual de \$468.219, lo que a buen juicio del ad-quem:

“correspondería a un 21% del neto recibido en su pensión, no afectando el mínimo necesario para su subsistencia como el de su familia”.

Esto deriva en que si bien es cierto que la falta del medicamento podría amenazar o vulnerar los derechos fundamentales a la salud y vida digna del actor, habida cuenta que el mismo es necesario para alcanzar el disfrute de una vida sexual plena, de acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente, no se aportó prueba adicional, ni siquiera indiciaria, concerniente a una afectación desproporcionada en los gastos soportables¹⁶ o en los derechos fundamentales del demandante por la compra de dicho medicamento. Por el contrario, quedó acreditado que el costo del mismo representa tan solo un 21% de su mesada pensional.

Sumado a lo anterior, es de anotar que el gasto prescrito por el médico especialista no fue formulado de por vida, sino únicamente por tres meses, lo que indica que el señor Argemiro José Ramos Lara no tendrá que sufragar su costo de manera indefinida.

Así, según las reglas probatorias fijadas por la jurisprudencia constitucional, mencionadas anteriormente, en el caso sub examine no cabe duda que la negación indefinida alegada por la parte actora fue ampliamente desvirtuada por la entidad demandada en sede de impugnación, toda vez que aportó el pago de la mesada pensional del actor correspondiente al mes de octubre de 2011, en contraposición, el accionante se limitó a argüir una negación indefinida sin prueba adicional indicativa de sus egresos o incapacidad económica¹⁷.

En aras de destinar razonablemente los recursos limitados del sistema de seguridad social en salud para beneficio de la colectividad, y como quiera que el medicamento requerido no se encuentra incluido en el POS, en el presente asunto el accionante debe asumir, como primer responsable, el costo adicional del mismo máxime si su capacidad adquisitiva le permite

adquirirlo por su propio medio.

En conclusión, para esta Sala de Revisión el precio del medicamento en que debe incurrir el accionante para proteger sus derechos fundamentales constitucionales: i) no implica una afectación que se aprecie como desproporcionada frente a sus gastos soportables, pues no se demostró que el costo del mismo vulnere o amenace el mínimo vital del actor; ii) se comprobó que al señor Ramos Lara le fue prescrito el medicamento ALPROSTADIL 20 MCG AMPOLLA CAVERJECT, por tan solo tres meses; y, en últimas, iii) su dicho relativo a la falta de capacidad económica resultó desvirtuado por la entidad demandada.

Así las cosas, probada la solvencia económica del accionante para sufragar el medicamento prescrito a través del pago, configura en este caso en concreto, un claro incumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para que proceda la acción de tutela y se autorice un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud de manera excepcional.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala de Revisión confirmará la decisión de segunda instancia por estar ampliamente comprobado en la acción de tutela de la referencia, que el medicamento prescrito excluido del Plan Obligatorio de Salud puede ser sufragado en su totalidad por el señor Argemiro José Ramos Lara, sin afectarse por ese hecho sus derechos constitucionales fundamentales.

IV. DECISION

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo de segunda instancia proferido el diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011), por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver Sentencias T-860/03, T-697/04, T-223/04, T-538-04, T-314/05

2 Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-289 de 2001, T-627 de 2002 , T-178 de 2003, T-560 de 2006, T- 1328 de 2005.

3 Sentencia SU-819 de 1999.

4 En este sentido, véanse, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-560 de 2006.

5 Sentencia 564 de 2003,

6 Sentencia T-760 de 2008

7 Sentencias T-306 de 2005, T-372 de 2005 y T-771 de 2005.

8 Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005.

9 Consultar al respecto, las sentencias SU-819 de 1999 y T-564 de 2003

10 Respecto de este tema, ver Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4: El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto), Consejo Económico y Social, Sexto período de sesiones, documento E/1991/23, 13 de diciembre de 1991.

11 Sentencia SU-819 de 1999, reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003 y T-306 de 2005.

12 En la sentencia T-771 de 2005, recordando lo plasmado en la sentencia T-666 de 2004, en la que esta Corporación al hacer referencia a la noción de gastos soportables, principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4º, sostuvo lo siguiente: “Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”

13 Sentencia T -747 de 2006.

14 Ver también sentencia T-017 de 2006.

15 Sentencia T- 732 de 2009. M.P. Humberto A. Sierra Porto.

16 La jurisprudencia de la Corporación, señaló al respecto en la sentencia T-760 de 2008 que la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos o tratamientos es una cuestión cualitativa: “El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante. Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona. Por ejemplo, un servicio de salud que se requiere constantemente y cuyo costo es superior a la mitad de los ingresos de

la persona, o un servicio que se requiere una sola vez, pero que equivale a casi al doble de los ingresos mensuales de la persona. Puede suceder que a una misma persona le sea imposible pagar un servicio cuyo costo es elevado pero si tenga capacidad económica para cancelar el valor de los medicamentos”.

17 La Corte Constitucional estableció en la sentencia T-835 de 2000 lo siguiente: “Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”.