

Sentencia T-876/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Hipótesis fácticas que la determinan

DERECHO A LA SALUD-Prueba de la incapacidad económica

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Procedencia en cuanto a las tirillas para la medición del nivel de azúcar

Referencia: expediente T-1661452

Acción de tutela instaurada por Iván de Jesús Restrepo Vélez contra SUSALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil siete (2007)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín -Antioquia- en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.Hechos

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. El señor Iván de Jesús Restrepo Vélez está afiliado de la empresa prestadora de salud SUSALUD E.P.S., bajo el régimen contributivo. Así lo constata la copia de su carné de afiliación nro. 67855781.

1. Desde tiempo atrás, el actor padece de hipertensión arterial y diabetes E, por lo que ha permanecido en tratamientos médicos para el estabilización de sus enfermedades. Todos estos tratamientos han sido ordenados por su médico tratante, el doctor Alejandro Arroyave y la gran mayoría de ellos han sido ordenados y practicados por la EPS accionada.

1. Empero lo anterior, con la intención de seguir su tratamiento, el médico tratante del actor le ordenó “tirillas para glucometria, en cantidad de noventa (90)” las cuales no han sido suministradas por la EPS demandada, aduciendo ésta que dicha formula médica no se encuentra incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud.

1. Aduce el actor que el no suministro de estas tirillas vulnera su derecho fundamental a la salud y a la vida, toda vez que sin éstas es imposible determinar la cantidad de insulina requerida para regular y manejar su enfermedad, lo que haría inocuo cualquier otro tratamiento.

1. Así mismo, afirma el accionante que no cuenta con la capacidad económica suficiente para costear a motu proprio el medicamento ya indicado, debido a que, tanto él, como su grupo familiar, depende de lo que sus hijos mayores les pueden dar para sus gastos básicos.

## 2. Solicitud de tutela

Con base en lo anterior, el actor solicita la protección de sus derechos fundamentales a salud, a la seguridad social y a la vida digna, esto, ordenando a Susalud E.P.S. que ordene y suministre de manera inmediata las tirillas para glucometria, en cantidad de noventa (90)

necesarias para el tratamiento de sus enfermedades.

### 3. Intervención de la parte demandada

Susalud E.P.S.

Por intermedio de apoderado, la entidad demandada considera que no hay vulneración a ninguno de los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que a éste se le han prestado todos los tratamientos, medicamentos y demás servicios médicos incluidos en el POS. Aduce la accionada que al no estar el medicamento requerido por el señor Restrepo incluido en el POS, la responsabilidad de suministrar el mismo es del Estado, a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Así mismo, manifiesta Susalud E.P.S. que no se satisfacen todos los requisitos dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y otorgamiento de medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS, ya que el usuario no acreditó su falta de capacidad económica para hacer el pago total del medicamento requerido.

Por último, a pesar de que a lo largo del escrito de contestación de la presente acción se reitera la no vulneración de los derechos fundamentales del actor, la accionada solicita que “en caso de que el despacho considere que los derechos invocados en la presente acción de tutela son tutelables, y en consecuencia se ordene a SUSALUD EPS, cubrir el costo de las prestaciones a las cuales no se encuentre legalmente obligada, el cual no se encuentra incluido dentro del POS, se le reconozca a mi representada (SUSALUD EPS) el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- por la totalidad de los valores que daba asumir SUSALUD EPS”.

### 4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

1. Copia de Carné de afiliación del señor Iván de Jesús Restrepo Vélez a Susalud E.P.S (Cuad. 2 Fol. 4).

1. Formulario de afiliación del señor Restrepo Vélez a Susalud EPS. (cuad. 2 Fol. 14)

1. Orden Médica de fecha 12 de marzo de 2007, suscrita por el doctor Alejandro Arroyave, médico tratante, adscrito a Susalud E.P.S. en donde se formula “Tirillas para glucometria nro. 90”. (Cuad. 2 Fol. 5).

1. Respuesta a la solicitud presentada por el señor Restrepo ante las instalaciones de Susalud E.P.S. en la cual se niega la solicitud del peticionario con el argumento de que el procedimiento médico requerido no se encuentra incluido dentro del POS. (Cuad. 2 Fols. 7 y 8).

1. Certificado de existencia y representación legal de Susalud EPS. (Cuad. 2 Fols. 15 y ss).

1. Declaración del señor Iván de Jesús Restrepo Vélez presentada ante el Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín. (cuad. 2 Fols 22 y ss).

1. Copias de recibos de servicios públicos domiciliarios del señor Restrepo Vélez (Cuad. 2 Fols. 26 y ss)

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

El conocimiento de la tutela correspondió al Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín, que por sentencia única de instancia de 23 de mayo de 2007 decidió conceder la solicitud de amparo hecha por el accionante.

Para dar sustento a su decisión, el a quo hace un estudio de lo dicho por la Corte Constitucional en relación con la inaplicación de las disposiciones legales relativas al

otorgamiento de tratamientos y demás servicios médicos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud cuando se cumplen los cuatro requisitos dados por la jurisprudencia constitucional para tal efecto. Así, haciendo aplicación de los enunciados jurisprudenciales en este sentido al caso concreto, el juez de instancia encontró que dichos requisitos se cumplían, por lo que concedió el amparo deprecado por el accionante en relación con el medicamento denominado “tirillas de glucometria nro. 90”. Sin embargo, exceptuó expresamente en dicha orden la cobertura del tratamiento integral por parte de la EPS demandada por considerar que de hacerlo se estaría decidiendo sobre hechos futuros e inciertos, lo cual no es de la competencia del juez de tutela, además, porque según el juez de conocimiento, esto sólo es posible en casos de enfermedades ruinosas o catastróficas.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del tres (3) de agosto de dos mil siete (2007), la Sala de Selección dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

Problema jurídico y esquema de resolución.

De conformidad con los antecedentes expuestos con anterioridad, esta Corporación deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Hay vulneración a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de una persona, cuando la EPS a la cual se encuentra afiliada se niega a ordenarle y suministrarle un medicamento que es necesario para el efectivo tratamiento y regularización de las enfermedades que padece con el argumento de que aquel no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud?

Para dar solución al problema jurídico planteado, esta Sala de Revisión observará lo relativo a la procedencia de la acción de tutela para la solicitud de medicamentos no incluidos en el

Plan Obligatorio de Salud, teniendo en cuenta, particularmente, lo relativo al tratamiento integral. Posteriormente, se hará aplicación de los enunciados normativos al caso concreto.

En múltiple jurisprudencia de esta Corte se ha indicado que el derecho a la salud, debido a su naturaleza prestacional o asistencial, no es en principio fundamental. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que éste adquiere tal carácter, ya sea porque establece una conexidad con otro derecho de carácter fundamental, o de manera autónoma, cuando una entidad prestadora de servicios de salud, contraviene las disposiciones que han sido previstas para regular el derecho a la salud<sup>2</sup>.

Es así como, en desarrollo del principio de garantía efectiva de los derechos constitucionales, esta Corporación ha manifestado que es procedente que el juez de tutela ordene “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.”<sup>3</sup>

Es conforme a lo anterior que, en pluricitada jurisprudencia de esta Corte<sup>4</sup> se ha señalado que la exclusión de un medicamento, tratamiento o servicio médico del Plan Obligatorio de Salud no puede servir como pretexto para que no se haga entrega de éstos, más si lo que se está comprometiendo es la salud y demás derechos fundamentales de los usuarios del sistema de seguridad social.

En ese sentido, la Corte, con base en su jurisprudencia que abarca todos los enunciados normativos aplicables al tema en estudio, conmina al juez de tutela para que autorice la entrega de dichos factores contentivos de los distintos servicios médicos cuando se presente el lleno de cuatro requisitos, a saber: “(i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenaza los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) se trata de un medicamento que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) el paciente no

puede sufragar el costo del medicamento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema; (iv) el medicamento fue prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halla afiliado el demandante”.<sup>5</sup>

En relación con el tercer requisito mencionado, esta Corte ha acogido el principio general establecido en la legislación procesal civil colombiana referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario.

Conforme a lo anterior, ha entendido esta Corporación, la única exigencia que se puede hacer al respecto a la parte que alega la incapacidad económica es que lo manifieste durante el proceso. Respecto de esto último, la Corte ha precisado que es deber del juez de conocimiento de una solicitud de tutela requerir al solicitante para que aporte prueba que demuestre sus condiciones económicas. En efecto, entendió este Tribunal que “la inactividad al respecto no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto sean tenidas como falsas y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada”<sup>6</sup>.

En este sentido se concluye que la incapacidad económica de una persona que instaura acción de tutela se encuentra probada cuando tal situación es manifestada por el accionante ante el juez de conocimiento y no es desvirtuada por el ente demandado, o si durante el proceso el juez de conocimiento no produjo las decisiones necesarias para recaudar pruebas sobre la situación del actor.

Visto todo lo anterior, se entiende que, de consolidarse los requisitos ya citados en el caso concreto, la acción de tutela debe prosperar.

Es de anotar, sin embargo, que la existencia de los requisitos antes expuestos en un determinado caso, sólo puede ser verificada respecto de un medicamento o servicio médico en particular. Esto es así, pues es necesaria la existencia de determinadas pruebas en cada caso que definan la funcionalidad y eficacia de un tratamiento médico específico, además,

por cuanto se requiere que la fórmula del servicio o medicamento haya sido ordenada por el médico tratante. En este sentido, entiende esta Corporación que ordenar a una EPS a que autorice y practique, sin más requisitos, los medicamentos y demás servicios médicos no incluidos en el POS, pero que no hayan sido ordenados por el médico tratante, sería desconocer lo ya expuesto con anterioridad.

Empero, considera esta Sala que el lineamiento jurisprudencial que debe seguir el juez de tutela respecto de conminar a las EPS para que autoricen y/o practiquen los servicios médicos requeridos por los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales a la salud, vida e integridad física, no sólo debe recaer sobre el juzgador, sino que, por el contrario, es un deber de las empresas prestadoras de salud actuar conforme a los parámetros jurisprudenciales tantas veces expuestos y, entonces, definir la situación de sus afiliados conforme a aquellos. En efecto, la garantía de los derechos fundamentales de las personas que requieren un medicamento o un tratamiento médico determinado no deben ser únicamente salvaguardados y garantizados por el juez de tutela, sino que las EPS, que son las que conocen la situación de salud física y/o psíquica de sus usuarios en un primer momento, también deben actuar conforme a los lineamientos constitucionales y jurisprudenciales y, por tanto, actuar de forma tal que no atenten contra los derechos fundamentales de los peticionarios, ni dilaten la autorización y práctica de un determinado servicio de salud.

El caso concreto.

Expuesto lo anterior, será menester para esta Sala de Revisión determinar si en el caso concreto se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la prosperidad de la acción de tutela en el otorgamiento de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

1. Así, respecto del primer requisito, éste es, que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado, se tiene que al señor Iván de Jesús Restrepo Vélez le fue ordenado el siguiente medicamento: "Tirillas para glucometría nro. 90"<sup>7</sup>. Dicho medicamento, según lo afirma el accionante, es necesario para determinar el nivel de insulina requerido para regular su enfermedad -Diabetes E-. En este sentido, si se tiene que la ausencia de dicho

medicamento afectaría negativamente el tratamiento médico seguido por el señor Restrepo, se tiene que de no obtener el medicamento solicitado se pondría en grave peligro la salud y vida del actor. Por lo anterior, considera esta Sala que se satisface el primer requisito.

2. Respecto del segundo requisito a tener en cuenta para la prosperidad de la acción tutela en relación con la solicitud de medicamentos y tratamientos médicos no POS, -que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente-, esta Corporación entiende que se satisface, pues la EPS accionada, al momento de denegar la autorización y suministro del examen antes referenciado, sólo afirma que éste no puede ser autorizados, toda vez que no aparece dentro de la lista de medicamentos y tratamientos médicos del Plan Obligatorio de Salud<sup>8</sup>, además, por cuanto en las alternativas para que el usuario acceda al servicio de salud solicitado no expone ninguna otra posibilidad de reemplazo. Igualmente, es pertinente observar que el médico tratante del señor Restrepo no dio otras alternativas para reemplazar las tirillas para glucometría requeridas.

3. En relación con el tercer requisito, relativo a la incapacidad económica del peticionario para sufragar a motu proprio el medicamento o tratamiento médico ordenado, esta Corte hará aplicación expresa de los enunciados normativos de esta sentencia en lo que tiene que ver con que la incapacidad económica de una persona que instaura una acción de tutela se encuentra probada cuando tal situación es afirmada por el accionante ante el juez de conocimiento y no es desvirtuada por el ente demandado, o si durante el proceso el juez de conocimiento no produjo las actuaciones necesarias para recaudar pruebas sobre la situación del actor. Así, tal y como se observa en el escrito de demanda y en la declaración rendida ante el juez de conocimiento<sup>9</sup>, el señor Iván de Jesús Restrepo Vélez aduce no contar con los ingresos económicos suficientes para, conjuntamente, hacer los gastos correspondientes a su manutención y a la adquisición del medicamento por él requerido. Así, no existiendo oposición al respecto de la entidad accionada, esta Sala de Revisión considera satisfecho, igualmente, este requisito.

4. El cuarto requisito a analizar es el relativo a que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halla afiliado el demandante. En este sentido se

tiene que la orden del respectivo medicamento que aparece dentro del expediente, fue suscrita por el doctor Alejandro Arroyave, el cual es reconocido en el escrito de contestación de la demanda como galeno adscrito a Susalud E.P.S.10. Al respecto, es pertinente advertir, igualmente, que la EPS accionada no negó la autorización y suministro de dicho medicamento por la razón de que éste no hubiera sido ordenado por el médico tratante suscrito a esa EPS. Por lo anterior, se entiende que este requisito también se cumple<sup>11</sup>.

Después de haber visto que todos los requisitos jurisprudenciales para la prosperidad de la acción de tutela fueron satisfechos en el caso concreto, es pertinente afirmar, sin embargo, en relación con la solicitud expresa del accionante de que se le otorgue el servicio médico integral, que por vía de tutela es improcedente. En efecto, tal y como se advirtió en la parte de las consideraciones normativas de esta sentencia, la existencia de los requisitos antes expuestos en un determinado caso sólo puede ser verificada respecto de un(os) medicamento(s) o servicio(s) médico(s) en particular. Esto es así, pues es necesaria la existencia de determinadas pruebas en cada caso que definan la funcionalidad y eficacia de un tratamiento médico específico; además, por cuanto se requiere que la fórmula del servicio o medicamento haya sido ordenada por el médico tratante, lo cual, para el momento de la decisión judicial, no es posible determinar, pues es un hecho futuro e incierto. En este sentido, entiende esta Corporación que ordenar a una EPS que autorice y practique, sin más requisitos, los medicamentos y demás servicios médicos no incluidos en el POS sería desconocer lo ya antes expuesto en relación con los criterios a tener en cuenta para la autorización y práctica de medicamentos y demás servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se repite, deben ser ordenados por el respectivo médico tratante.

Empero lo anterior, esta Corte advierte, tal y como ya lo hizo en las consideraciones generales de esta sentencia, que el lineamiento dado por la jurisprudencia, -que debe ser seguido por el juez de tutela-, en relación con conminar a las EPS para que autoricen y/o practiquen los servicios médicos requeridos por los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales a la salud, vida e integridad física, no sólo debe recaer sobre el juzgador, sino que, por el contrario, es un deber de las empresas prestadoras de salud actuar conforme a los parámetros jurisprudenciales tantas veces expuestos y, entonces, definir la situación de sus afiliados conforme a aquellos. En efecto, tal y como se dijo, la garantía de los derechos fundamentales de las personas que requieren un medicamento o un tratamiento médico determinado no

deben ser únicamente salvaguardados y garantizados por el juez de tutela, sino que las EPS, que son las que conocen la situación de salud física y/o psíquica de sus usuarios en un primer momento, deben, igualmente, actuar conforme a los lineamientos constitucionales y jurisprudenciales y, por tanto, actuar de forma tal que no atenten contra los derechos fundamentales de los peticionarios de un determinado servicio de salud, claro está, siempre que este tipo de tratamientos hayan sido ordenados por el respectivo médico tratante.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, esta Sala de Revisión confirmará el fallo emitido por el juez único de instancia en el proceso de la referencia en relación con el amparo concedido; sin embargo, modificará el numeral quinto del fallo único de instancia en el proceso de la referencia, en el sentido de declarar que Susalud E.P.S. sólo podrá repetir contra el FOSYGA respecto de lo que a aquella no le corresponda legal ni reglamentariamente.

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

#### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones aquí expuestas, la decisión del Juzgado Veintinueve (29) Penal Municipal de Medellín, el cual, por sentencia de veintitrés (23) de mayo de 2007 concedió parcialmente el amparo solicitado por el señor Iván de Jesús Restrepo Vélez, en la tutela interpuesta por éste contra Susalud E.P.S.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto del fallo único de instancia en el proceso de la referencia en el sentido de DECLARAR que Susalud E.P.S podrá repetir contra el FOSYGA, únicamente, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

TERCERO: Por Secretaría, dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cuaderno 2 Folio 4.

2 Sentencias T-1076 de 2004 y T-538 de 2004 entre otras

3 Sentencias T-489 de 1998, T-936 de 1999, T-1176 de 2000 y T-464A de 2006 entre otras.

4 Ver sentencias T-757 de 2006, T- 434 de 2006, T-065 de 2004, T-190 de 2004, T-202 de 2004, T-221 de 2004, T-239 de 2004, T-253 de 2004, T-268 de 2004, T-271 de 2004, T-326 de 2004, T- 341 de 2004, T-342 de 2004, T-343de 2004, T-367 de 2004 entre otras.

5 Sentencia T-331de 2006. Al respecto ver también: Sentencias T-858 de 2004, T-843 de 2004, T-833 de 2004, T-794 de 2004 y T-744 de 2004 entre otras.

6 sentencia T-279 de 2002. ver también la sentencia 367 de 2007

7 Al respecto ver la orden suscrita por el médico tratante, Dr. Alejandro Arroyave, adscrito a Susalud EPS. Cuaderno 2. folio 5

8 ver expediente, Cuaderno 2 Folio 8

9 Cuaderno 2 Folios 22 y ss.

10 Cuaderno 2 Folios 11 y subsiguientes del expediente.

11 Es pertinente observar que la orden médica suscrita por el Dr. Arroyave aparece, igualmente, sellada por el personal de Susalud E.P.S.