

Sentencia T-965/07

AGENCIA OFICIOSA-Finalidad/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de hijo mayor enfermo imposibilitado para ejercer su propia defensa

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prestación de servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS

DERECHO A LA SALUD-EPS tienen libertad de escoger IPS por medio de las cuales prestarán servicios del POS

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para enviar al paciente a Teletón por cuanto no existe convenio entre las entidades

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Suministro de pañales desechables por la EPS a persona enferma

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadoras o copagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio para personas que no tienen recursos económicos

DERECHO A LA SALUD-Asunción por la EPS de la atención integral al demandante sin condiciones de carácter económico o reglamentario y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-1670210

Acción de tutela de Olga Hernández de Rodríguez en representación de su hijo José Libardo Rodríguez Hernández contra la EPS FAMISANAR.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y ocho Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad, los días 03 de mayo y 08 de junio de 2007, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Olga Hernández de Rodríguez en representación de su hijo José Libardo Rodríguez Hernández contra FAMISANAR EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 18 de abril de 2007, la señora Olga Hernández de Rodríguez interpuso acción de tutela por considerar que FAMISANAR EPS está vulnerando los derechos a la salud y a la integridad física de su hijo José Libardo Rodríguez Hernández. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

* Manifiesta que su hijo de 39 años, se encuentra afiliado a FAMISANAR EPS desde el año 2001. Entre mayo y junio de 2005, presentó fiebres altas, dolor de cabeza, deshidratación, desorientación, razón por la cual fue llevado a las Clínicas El Bosque y de Occidente, donde siempre le prescribieron antibióticos, analgésicos y otros medicamentos, pero su estado de salud empeoraba cada día más.

* Añade que el 29 de mayo presentó “dos episodios convulsivos tónico clónico, que incrementaron su déficit neurológico y por tal motivo es trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos”, en donde permaneció 28 días y le diagnosticaron “Meningoencefalitis Tuberculosa”. El 30 de junio fue dado de alta con “compromiso corticosubcortical que lo limita para su deambulacion y comportamiento cognoscitivo, espasticidad en miembros inferiores, disartria y Brasilia, sinergia esfinteriana, es decir sin poder caminar, hablar y

controlar esfínteres. Fue dado de alta con antituberculosos, rehabilitación y cita control por neurología”1.

* Afirma que su hijo se puede levantar pero no tiene equilibrio, razón por la cual no puede caminar; respira con dificultad, se le debe colaborar para bañarlo, vestirlo y tomar los alimentos; no controla esfínteres, se le coloca pañal y es necesario realizarle cinco veces al día un sondeo vesical porque no elimina toda la orina.

* Aclara que a pesar de que a la salida de la clínica se dio la orden de rehabilitación, su hijo no ha sido remitido por parte de los médicos de FAMISANAR EPS a ninguna rehabilitación integral, pues solo se le han programado citas muy periódicas y distantes, lo cual no significa ningún avance para su recuperación y por tanto han quedado secuelas irreversibles. Teniendo en cuenta la situación, consultaron particularmente tres profesionales² en neurología y fisiatría, quienes coincidieron en afirmar que la terapia física de rehabilitación, ocupacional y de lenguaje que necesita José Libardo Rodríguez, se debe realizar en forma intensa y constante.

* Según la accionante, el programa de rehabilitación intensiva prescrito por los galenos relacionados, es prestado actualmente por la Clínica Universitaria Teleton, siendo reconocido a nivel nacional por su calidad, y si se presta tal servicio a su hijo de forma continua, intensa y especializada, tendría muchas posibilidades de recuperar funciones perdidas por la enfermedad.

* Agrega que el tratamiento que ofrece FAMISANAR en la Clínica de Colsubsidio no es intensivo, continuo ni integral y no ha aportado a su hijo ninguna mejoría ni avance; la entidad ofrece servicios de terapia física, pero no de rehabilitación tal como lo expresa en

respuesta a un derecho de petición que ella radicó.

* Manifiesta que es una mujer de 60 años que padece cáncer de seno y no cuenta con ningún ingreso económico para costear el tratamiento de su hijo ni para trasladarlo a sus terapias, considera que la EPS le está vulnerando a su hijo los derechos a la vida digna y por tanto solicita que (i) se le ordene a FAMISANAR que lo remita al programa de rehabilitación integral de la Clínica Universitaria Teletom, (ii) se le suministren los pañales desechables para adulto que requiere y las sondas de nelaton para eliminar la totalidad de la orina, los medicamentos y servicios no pos, (iii) se le preste un medio de transporte que permita trasladarlo de la casa a la clínica Teletom, pues su estado de salud, ya no le permite hacerlo y (iv) se le exonere de cuotas moderadoras y/o copagos que debe cancelar por la prestación de los servicios.

1. Respuesta del ente demandado

Martha Garzón de Ávila, representante de FAMISANAR EPS, informa que no es posible atender al usuario LIBARDO HERNANDEZ en la Clínica TELETON ya que no es una IPS adscrita a su red de servicios médicos. Relaciona los artículos 153, 156 y 159 de la ley 100 de 1993, de donde asegura, se observa claramente que los afiliados al sistema tienen derecho a escoger las instituciones prestadoras de servicios, dentro de las opciones que la misma EPS ofrezca, “EL USUARIO DEBE ACUDIR A LA RED PRIMARIA CONSUBSIDIO PARA CONTINUAR SU TRATAMIENTO Y NO HA QUERIDO ASISTIR EN FORMA VOLUNTARIA. EL USUARIO REQUIERE UN TRATAMIENTO DE NEUROPSIQUIATRIA Y DE NEUROPSICOLOGIA, LAS TERAPIAS FISICAS Y DE REHABILITACIÓN QUE LAS PUEDE RECIBIR EN SU IPS PRIMARIA. EL USUARIO NO PUEDE OBLIGAR A FAMISANAR A QUE LE PRESTE SERVICIOS MEDICOS EN UNA IPS CON LA CUAL NO TIENE CONTRATO”³ (Subrayas originales del texto).

Alega la accionada que los pañales son elementos de higiene personal que, al ser requeridos por una persona adulta, deben ser suministrados por ella o por sus familiares; no tienen la condición de medicamentos ni constituyen un elemento que cambie la evolución del paciente y, al estar excluidos del POS no pueden ser cubiertos por la entidad, ya que son para comodidad del usuario.

Concluye argumentando que la acción es improcedente porque FAMISANAR EPS nunca ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pero enfatiza que en caso de despacharla favorablemente o que se ordene el cubrimiento de tratamientos, medicamentos o exámenes excluidos del POS, sea concedido el recobro al FOSYGA o al Ministerio de la Protección Social.⁴

3. Pruebas que obran en el expediente

- 1- Junto con la acción de tutela, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante, de la cédula del señor José Libardo Rodríguez y de su carné de FAMISANAR (Folio 1 a 7).
- 2- Fotocopia del dictamen de la calificación de invalidez del señor José Libardo Rodríguez Hernández, con un porcentaje del 88.35%. (Folios 8 a 10).
- 3- Fotocopia de la Historia Clínica del señor Rodríguez Hernández (folios 11 al 18).
- 4- Fotocopia de las consultas particulares realizadas a médicos especialistas por parte de la accionante. (folios 19 a 22).
- 5- Fotocopia de un derecho de petición formulado por la accionante ante la EPS FAMISANAR, mediante el cual solicita que su hijo sea remitido al programa de rehabilitación integral de la clínica Teletón, ya que por parte de la EPS solo se han otorgado citas esporádicas y no una rehabilitación integral. (folios 23 a 26).
- 6- Fotocopia de respuesta al derecho de petición emitida por FAMISANAR, en la cual se le informa al accionante que para los servicios de rehabilitación cuentan con la IPS primaria Colsubsidio, por tanto no es viable la remisión a un instituto de rehabilitación. (folio 27).
- 7- Fotocopia de la historia clínica de la accionante, en la cual se observa que se le está prestando tratamiento de monoquimioterapia. (folios 28 a 32).
- 8- Fotocopia de fórmulas médicas a nombre del señor José Libardo Rodríguez (folios 33 a 35).
- 9- Fotocopia de declaración rendida por la accionante ante el Juzgado de primera instancia, en la que reitera que su hijo necesita un tratamiento de rehabilitación integral para

que pueda valerse por sí mismo, pues ella es la única persona que lo cuida y padece de cáncer. (folio 52).

10- Oficio de la ASOBANCARIA en el que se informan los datos reportados por la accionante en la CIFIN (folios 53 a 55).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia.

Conoció de este proceso en primera instancia el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, quien decide tutelar el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad del señor José Libardo Rodríguez y ordena que FAMISANAR autorice la rehabilitación integral solicitada por el mismo.

A su vez, señala que, como la accionante manifiesta que el tratamiento entregado no ha tenido un resultado óptimo por la falta de continuidad, se ordena que FAMISANAR proceda a brindar el tratamiento integral que requiera el señor RODRIGUEZ HERNANDEZ, “con la intensidad, continuidad e integralidad que amerita el caso en procura de su rehabilitación”⁵. Finalmente tal Despacho no accede a las pretensiones relacionadas con el suministro de los pañales desechables al tomar las mismas consideraciones de la accionada, quien manifestó que aquellos no son medicamentos y que deben ser suministrados por los familiares del señor JOSÉ RODRIGUEZ HERNANDEZ.

El a quo, no se pronuncia sobre las demás peticiones⁶ solicitadas por la accionante.

La anterior decisión fue impugnada por la accionante, quien argumenta que el tratamiento que ofrece la EPS no es el adecuado para la salud de su hijo, pues es necesario iniciar un programa de rehabilitación integral intensivo, el cual solo es prestado en la Clínica Universitaria TELETON y al negarle tal servicio se está amenazando su derecho a la vida, salud y dignidad humana, pues se le niega la posibilidad de recobrar habilidades como caminar, comer y hablar. Agrega que no puede cubrir el gasto de los pañales de su hijo, pues por su cáncer, no cuenta con capacidad económica y resalta que aunque no hagan parte del tratamiento, éstos son indispensables para evitar enfermedades e infecciones.

De igual forma, por parte de FAMISANAR EPS, se solicita aclaración sobre el otorgamiento del

tratamiento integral ordenado.

2. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de junio 08 de 2007, revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar declara improcedente la acción. Argumenta que el señor JOSÉ LIBARDO RODRIGUEZ está siendo tratado por la accionada por medio de la IPS adscrita a tal entidad, y le otorga el tratamiento adecuado para su rehabilitación, por tanto, como se observa que la EPS ha cumplido con el tratamiento prescrito, no hay amenaza o vulneración de los derechos invocados en la acción.

Añade que, en cuanto a la petición del medio de transporte y la entrega de los pañales desechables, no es procedente emitir orden en tal sentido porque según la Resolución 5261 de 1994, señala que el transporte solo es procedente cuando para traslados intrahospitalarios o cuando el paciente por sus razones de salud, no se pueda transportar por otro medio; en cuanto a los pañales, éstos no hacen parte del tratamiento médico y no cambian el pronóstico de la enfermedad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer si la EPS FAMISANAR ha desconocido los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su afiliado, señor JOSÉ LIBARDO RODRIGUEZ HERNANDEZ, por negarse a entregar un programa de Rehabilitación Integral en la Clínica Universitaria Teletón, pañales desechables, sondas de nelatón, un medio de transporte para su movilización hasta Teleton, y la exoneración de los copagos por la prestación de los servicios de salud. La madre del accionante realiza tales peticiones, ya que su hijo presenta secuelas de meningoencefalitis y síndrome frontal

secundario, no puede valerse por sí mismo, no controla esfínteres, come, habla y camina con ayuda.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará en primer lugar, si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso.

Seguidamente se referirá sobre (i) la prestación de los servicios de salud en IPS con las que las EPS no tienen convenio, a continuación se estudiará la jurisprudencia relacionada con (ii) los casos en los que es viable ordenar un medicamento o procedimiento excluido del POS, y (iii) la protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales.

Abordados estos asuntos, entrará a determinar si el señor JOSÉ LIBARDO RODRIGUEZ HERNANDEZ tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Legitimación en la causa para promover la presente acción de tutela

Sea lo primero precisar si la señora OLGA HERNANDEZ DE RODRIGUEZ está legitimada para instaurar la acción de tutela a favor de su hijo, el señor JOSÉ LIBARDO RODRIGUEZ.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, en el que se regula entre otros, el tema de la legitimación en la causa y el interés para actuar en este tipo de acciones: “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”. “También podrán ejercerla el Defensor del pueblo y los personeros municipales”

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa. Por regla general, se hace necesario, en el trámite de tutela, que el agente oficioso, para estar legitimado, demuestre las condiciones por las cuales el ofendido no actúa directamente y, además, se requiere que en la demanda manifieste en que calidad actúa⁷.

En la sentencia T-44 de 1996, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, se afirmó:

“...La agencia oficiosa, desde luego, no puede encontrar fundamento sino en la imposibilidad de defensa de la persona a cuyo nombre se actúa. El propósito de la misma consiste en evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar, en cuanto no se pueda acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos.

Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del Derecho sustancial, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Carta.

Es, por ello, una forma de lograr que opere el aparato judicial del Estado, aun sin la actividad de quien tiene un interés directo. Se trata de lograr la atención judicial del caso de quien actualmente no puede hacerse oír. Es en su interés que se consagra la posibilidad de que el Estado obre a partir de la solicitud del agente oficioso...”

En el caso objeto de revisión la señora Olga Hernández de Rodríguez actúa en representación de su hijo José Libardo Rodríguez, de quien está probado que está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela según la historia clínica que reposa en el expediente⁸ y la cual demuestra que por la meningitis que sufrió, presenta deterioro neurológico e imposibilidad para caminar, hablar y comer sin ayuda, lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

Una vez aclarada la situación anterior, se procede al análisis de fondo del asunto objeto de revisión.

4. Consideraciones jurídicas y caso concreto.

4.1. Prestación de servicios de salud en IPS con los que las EPS tienen convenio.

Según el artículo 1° de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud⁹, las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS por intermedio

de las IPS con las que establezcan convenios para el efecto. Excepcionalmente, los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias¹⁰, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS^{11.12}

De lo anterior se colige que las EPS están en libertad de escoger las IPS con las que contratarán y el tipo de servicios a prestar, siempre que se garantice a los usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados de este régimen deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones¹³.

En la sentencia T-238 de 2003¹⁴, se negó la solicitud de un usuario con afección coronaria, para que le practicara el procedimiento quirúrgico de implantación de un Stent específicamente en la Fundación Cardio Infantil, ya que la EPS no tenía convenio con tal IPS. La Corte no encontró vulneración de ningún derecho y sostuvo al respecto:

“3.1 En relación con la primera solicitud del demandante, la Corte considera que le asiste razón a la entidad demandada en cuanto a que no es procedente proteger este pedido del actor, pues, a éste no se le ha violado ningún derecho fundamental por el hecho de ser remitido para la operación que requiere al Hospital San Ignacio de Bogotá, entidad con la que Cafesalud tiene contratada la atención de pacientes con patologías coronarias. Cafesalud precisó que con la Fundación Cardio Infantil tiene contratada la prestación de otros servicios de salud distintos a los que requiere el actor. Además, la autorización comprende la totalidad del procedimiento ordenado por los especialistas, en el Hospital mencionado, salvo el suministro del Sent.

Sobre este tema, vale la pena recordar que las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus

preferencias se inclinen por otra institución...”

Posteriormente en el caso de una menor con parálisis general irreversible, en el cual se solicitaba su tratamiento de rehabilitación en el “Taller Psicomotriz Crisálida” por considerar que solo tal instituto había brindado una atención integral con mejoría notable en su desarrollo, la Corporación adoptó una decisión idéntica a la anterior y afirmó “en este proceso no reposa prueba en que conste que el tratamiento en el Taller Psicomotriz Crisálida haya sido ordenado por el médico tratante de la EPS Compensar. La sola afirmación de la accionante no es suficiente para concluir que la única institución adecuada para brindar dicho tratamiento a la menor sea dicha Institución”¹⁵.

De acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia vista, se concluye que las EPS deben contratar con varias IPS para garantizar la libertad de escogencia de sus usuarios; tal libertad de elección de las IPS por medio de las que prestarán sus servicios, se deberá realizar teniendo en cuenta que las mismas garanticen servicios de calidad. De igual manera, la libre escogencia de IPS por parte de los usuarios se encuentra enmarcada dentro de las opciones que ofrezca la EPS, y por tanto, no se le puede obligar a ésta la prestación de servicios en otras diferentes¹⁷.

En la presente acción, la señora Olga Hernández de Rodríguez solicita que su hijo José Libardo Rodríguez Hernández sea enviado a la “Clínica Universitaria Teletón”, ya que su progenitora considera que solo en tal institución prestarán el tratamiento integral con terapias físicas, de rehabilitación, ocupacional y de lenguaje, que requiere su hijo para una completa recuperación. Aduce, que su hijo no ha sido remitido por los médicos de Famisanar a ninguna rehabilitación integral, pues sólo se le han programado citas muy distantes y periódicas. Indica, que el tratamiento que ofrece la clínica de Colsubsidio no es intensivo, continuo ni integral y no ha aportado a su hijo ninguna mejoría.

Al respecto, esta Sala de Revisión, considera que le asiste razón a la entidad demandada cuando advierte que no es procedente acceder a la petición de enviar al señor Libardo Rodríguez a la Clínica Universitaria Teletón, pues no existe convenio entre éstas entidades. En efecto, no se le ha violado ningún derecho fundamental al citado paciente pues ha sido remitido para la realización de sus terapias a la IPS primaria de Colsubsidio, entidad con la que FAMISANAR tiene contratada la atención de tales requerimientos, IPS que debe

garantizar el tratamiento integral correspondiente.

Tampoco existe prueba en el expediente del mal servicio ofrecido por la IPS primaria de Colsubsidio, y por el contrario, afirma la accionada que el usuario no ha querido asistir en forma voluntaria a la práctica del tratamiento respectivo.

En consecuencia, el señor José Libardo Rodríguez Hernández deberá asistir a la IPS primaria de Colsubsidio para recibir las terapias que le han sido ordenadas, entidad con la que Famisanar tiene convenio para la prestación de este tipo de servicios, y la que debe prestarle el tratamiento integral que requiere para su rehabilitación.

De otro lado cabe anotar que, la accionante solicita que le sea asignado un medio de transporte que le permita movilizar a su hijo desde su casa hasta la Clínica Universitaria Teletón, petición que deviene improcedente pues como se acabó de exponer no es viable autorizar la prestación de las terapias solicitadas en ésta IPS. En efecto, la petición del medio de transporte para ir hasta Teletón no merece estudio de fondo.

4.2. Suministro de pañales desechables. Reiteración de jurisprudencia.

Otro problema a desarrollar en la presente tutela, es la negativa de la accionada en suministrar los pañales desechables requeridos por el señor José Libardo Rodríguez Hernández.

Al respecto, esta Corporación ha venido reiterando, una y otra vez, que corresponde al juez constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.

En efecto, en la sentencia T-099 de 199918, la Corte protegió los derechos a la salud y a la vida digna de una persona de la tercera edad que sufre de incontinencia urinaria total; en tal oportunidad se ordenó la entrega de los pañales desechables solicitados, aunque los mismos no se encuentran incluidos en el POS. Se consideró, que la negativa de la EPS para suministrar tal elemento, tornaba indigna y sin calidad de vida la existencia de la actora¹⁹. Al respecto se anotó:

“...En este caso específico, es claro que la omisión de Capresub en otorgar los pañales a la

actora, vuelve indigna su existencia, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente. La inhabilidad para controlar los esfínteres, su avanzada edad (80 años), la situación económica que no le permite acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona (heridas, llagas, hongos) no le permiten una vida normal, ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que se le proporcionen en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia...”

De igual forma, se sostuvo en la sentencia T-565 de 199920:

“Sin embargo, en la sentencia que se revisa, el juez no examinó un aspecto que adquiere especial importancia: la relación entre lo pedido y la dignidad humana. No examinó que se trata de una anciana, que padece demencia senil, que no controla esfínteres y que la situación económica no le permite a su cónyuge suministrarle los artículos de aseo que su situación especial requiere. Y requiere tales pañales, precisamente por la enfermedad que padece. Es decir, existe una relación directa entre la dolencia (no controla esfínteres) y lo pedido.

“Al respecto, no se precisan profundas reflexiones para concluir que la negativa de la entidad, sí afecta la dignidad de la persona, en uno de sus aspectos más íntimos y privados, y que impide la convivencia normal con sus congéneres. En este caso, la negativa de la entidad conduce a menoscabarle la dignidad de persona y la puede llevar al aislamiento, producto, se repite, de la enfermedad que sufre”.

De acuerdo a la jurisprudencia reiterada por esta Corporación, el derecho a la vida implica también la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por tanto, para su protección, no se requiere estar enfrentado a una situación inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona mayor no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna²¹.

En el caso en estudio tanto la EPS como el accionante, confirman²² que el señor JOSÉ LIBARDO RODRIGUEZ HERNANDEZ es un paciente con secuelas de meningitis tuberculosa,

con incapacidad parcial permanente, secuelas en extremidades superiores e inferiores y por tanto no puede valerse por sí mismo, y además, no tiene control de esfínteres, por lo que requiere la utilización de pañales desechables. Según lo anotado, para esta Sala no hay duda de que la negativa de FAMISANAR EPS de suministrar los pañales desechables al señor RODRIGUEZ HERNANDEZ, vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y la salud²³.

En lo relacionado con la carencia de recursos económicos del accionante, la Corte en su jurisprudencia ha precisado que se aplica la regla de que 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. Teniendo en cuenta lo mencionado por la jurisprudencia, esta Sala encuentra que según el postulado de la Buena fe (art 83 C.P.) se entiende que la accionante, madre de quien requiere los pañales desechables, carece de capacidad económica para sufragar su costo, pues enfatizó que es una persona de escasos recursos económicos, no tiene pensión ni renta alguna, padece de cáncer de mama, no genera ingresos económicos para costear el tratamiento de su hijo y solo vive de lo que le dan sus otros dos hijos. Además, la accionada FAMISANAR EPS, no probó que aquella pudiera sufragar tales requerimientos.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos contemplados por la regla jurisprudencial para el suministro de los pañales, elementos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, se procede a reafirmar la necesidad de proteger los derechos a la vida digna y a la salud del señor José Libardo Rodríguez Hernández, ordenando a la accionada la entrega de los pañales desechables solicitados por la madre del mismo.

4. 3. La demandante acude también a la acción de tutela solicitando la entrega de “Sondas de Nelaton”, pues relata que además de que es necesario colocarle pañal a su hijo, “requiere sondeo vesical cinco veces al día ya que no elimina la totalidad de la orina y quedan residuos que son necesarios extraer. Estos cateterismos se los realizo yo pero esto le ha generado repetidas infecciones urinarias”²⁴. Sobre tales sondas, no reposa prueba en el plenario que demuestre que las mismas fueron prescritas u ordenadas por el médico tratante del hijo de la accionante y tampoco se observa que la peticionaria haya solicitado tales sondas a la EPS accionada.

De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Corporación, citada en acápites precedentes, la

procedencia del amparo del derecho a la salud, en los casos de medicamentos o tratamientos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, está sujeta al cumplimiento de unos precisos requisitos, dentro de los que se encuentra, además de la incapacidad económica del paciente, la necesaria prescripción del tratamiento o medicamento por parte del médico tratante, adscrito a la entidad demandada.

Por tanto, en este caso se debe plantear la problemática planteada por la actora al médico tratante del señor Libardo Rodríguez, para que sea éste el que determine el tratamiento a seguir, que debe ser asumido por la EPS correspondiente, más aún, cuando la actora afirma que “estos cateterismos se los realizo yo pero esto le ha generado repetidas infecciones urinarias”.

Así, para el caso concreto de las “Sondas de Nelatón”, se tiene que la acción no está llamada a prosperar por cuanto la accionante no aportó al expediente ninguna prueba de la prescripción médica de las mismas. De esta manera, frente a la ausencia de respaldo probatorio a la afirmación de la demandante, en el sentido de necesitar las citadas sondas para efectivamente eliminar toda la orina de su hijo, respaldada con la orden del médico respectivo que indique que éste es el tratamiento adecuado para el caso. Por ello, mal podría esta Corporación ordenar el suministro del mismo, sin existir orden de prescripción de tal instrumento o medicamento. Al no converger la totalidad de los requisitos exigidos por esta Corte para proferir la orden a la E.P.S. en el sentido de suministrar el medicamento, se resolverá no tutelar el derecho a la salud en lo que guarda relación con las Sondas de Nelatón.

4.4. Protección constitucional frente al pago de copagos y cuotas de recuperación cuando con tal exigencia se desconozcan derechos fundamentales.

Finalmente, el último punto a tratar es la petición de la accionante de la exoneración de copagos y cuotas de recuperación, debido a su mala situación económica.

En virtud del principio constitucional de la eficiencia, se busca la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. De conformidad con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos compartidos, cuotas

moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, tales pagos se aplicarán con el exclusivo objeto de racionalizar el uso de los servicios del sistema; en cambio, para los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

El legislador y la reiterada jurisprudencia de la Corporación, han establecido que el cobro de las cuotas moderadoras y de copagos no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud de la población más pobre.

En este sentido, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 consagró que “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles...” también aclara que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. Así mismo, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, en sentencia C-542 de 1998, condicionó su constitucionalidad en el entendido que si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, “el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.”

El Acuerdo No.260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, precisó el objeto de las cuotas moderadoras (Art. 1) y los copagos (Art.2); las primeras se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, en tanto que los últimos se aplican únicamente a los afiliados beneficiarios (Art. 3). Estableció también los principios que rigen la aplicación de estos conceptos (Art.5), así como los servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras (Art. 6) y los excluidos del cobro de copagos, mencionando expresamente, en lo que a este último aspecto se refiere, los servicios relacionados con enfermedades catastróficas o de alto costo (Art.7).

Recientemente el Congreso de la República expidió la ley 1122 de 2007, mediante la cual se hacen algunas modificaciones al Régimen de Seguridad Social en Salud; de tales modificaciones y con relación al cobro de copagos estableció:

“ ...Artículo 14. Organización del Aseguramiento.

...g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace...”

De las normas transcritas se infiere que los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, están sujetos al pago de las cuotas de recuperación a fin de financiar el valor de los servicios de salud que reciban, los cuales deben ser liquidados de acuerdo al nivel en el que hayan sido clasificados, sin embargo, y tal como lo indica la última la ley relacionada, los beneficiarios ubicados en el Nivel I del Sisbén, son los únicos que se encuentran exentos de tales pagos²⁵. No obstante, a pesar de que el legislador consagró esa regla general, manifestó expresamente que dichos pagos no podían concebirse como barreras de acceso para los más pobres. Es decir, la misma ley²⁶ prevé que la imposibilidad de cumplir los pagos de las cuotas de recuperación no puede conducir a la no prestación del servicio de seguridad social en salud y tal idea ha sido corroborada por esta Corporación.

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado los requisitos necesarios para que proceda la protección constitucional referente al pago de copagos y cuotas de recuperación, toda vez que ésta no procede de manera automática. Conforme se indicó en la Sentencia T-745 de 2004, la Corte aclaró “que la inaplicación de la normatividad referente al pago de copagos, cuotas moderadoras, cuotas de recuperación o al pago del porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes “no procede automáticamente y en todos los casos, sino que para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones.., tales condiciones fueron definidas de la siguiente manera:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.²⁷”

Como ya se mencionó, la cancelación de los copagos son exigencias reglamentarias

tendientes a una mejor racionalización de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, no obstante debe omitirse su aplicación cuando con ellas se desconozca el derecho fundamental a la salud; sin embargo, debe establecerse la incapacidad económica de quien afirma no tenerla para asumir los copagos por la prestación de los servicios médicos, tal como se verá enseguida.

La prueba de la incapacidad económica de los accionantes es un tema recurrente en el trámite de las solicitudes de amparo constitucional referidas a la violación del derecho a la vida, la integridad personal y la salud por la no prestación de los servicios médicos, el acceso a medicamentos, porque no se encuentra en el listado del POS, porque los tutelantes no cumplen con los periodos mínimos de cotización y no tienen los medios económicos para cubrir el valor proporcional de las semanas faltantes; o también porque no tiene la capacidad para pagar las cuotas moderadoras, los copagos o las cuotas de recuperación.

Sin embargo, debido a que en muchos de los casos resulta muy complejo determinar la capacidad económica para efectuar el pago de los servicios de salud, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado que el juez de tutela tiene un papel muy importante, al punto de ser vital al momento de establecer probatoriamente este aspecto, y con mayor razón, cuando debe propenderse por la racionalidad económica del Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal manera que, sea viable, además de respetuoso del principio de solidaridad, evitando en todo caso que, los recursos que están destinados a grupos de la población que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, sean invertidos en quienes cuentan con medios y posibilidad económica de financiar los gastos excluidos del POS, o cuotas moderadoras, los copagos o cuotas de recuperación por la prestación de los servicios médicos²⁸.

En este sentido, la Corte ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario²⁹. Consecuentemente, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos³⁰.

En desarrollo de lo anteriormente expuesto, mediante Sentencia T-940 de 2005 MP Clara Inés

Vargas Hernández, la Corte protegió los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de una ciudadana que necesitaba una cirugía de VABRAUM CISTOCELE y ordenó a la demandada autorizar y efectuar el pago de la cuota recuperadora de tal procedimiento quirúrgico, argumentando que el pago de las cuotas no pueden ser obstáculo para la prestación del servicio de salud de la población mas vulnerable de la sociedad. En otras oportunidades como en las sentencias T-837 de 2006 y T-540 de 2006, la Corte ordenó a las entidades accionadas cubrir el cien por ciento de los copagos y cuotas de recuperación que correspondía cancelar a los accionantes, señalando que las condiciones de pobreza de una persona no pueden generar como consecuencia la no prestación de un servicio médico y por tanto como se constató la vulneración de los derechos fundamentales a la salud de los actores en cada caso, se aplicó directamente la Constitución Política y se concedió el amparo de tales derechos.

En el presente caso, respecto a la incapacidad económica para sufragar los elementos incluidos en el POS o cancelar copagos o cuotas de recuperación por la atención de rehabilitación que se le ha venido suministrando al hijo de la actora, la entidad accionada no controvertió lo sostenido por la accionante en la demanda. Ella señaló que es una mujer de 60 años de edad que padece de cáncer de mama y su hijo no puede trabajar por cuanto quedó completamente incapacitado para atenderse solo debido a su parálisis, la falta completa del habla y el control de esfínteres. Además sostiene, que es una persona de escasos recursos económicos, no tiene pensión ni renta alguna, no genera ingresos económicos para costear ni el tratamiento ni el transporte de su hijo y solo vive de lo que le dan dos hijos. De igual forma, y al revisar los documentos enviados por la EPS FAMISANAR, se observa que el señor Rodríguez Hernández cotiza sobre un salario base de \$500.00031 y se encuentra ubicado en la categoría "A" de la entidad; situación que demuestra bajos ingresos económicos del afiliado y refuerza las afirmaciones de la actora.

En consecuencia, como la reglamentación que exige el pago de copagos destinados a la racionalización de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede aplicarse cuando con ellos se desconozca el derecho fundamental a la salud de una persona que no cuenta con los medios económicos para sufragar los mismos, en el presente caso, se constata vulneración de los derechos fundamentales del señor José Libardo Rodríguez Hernández, por tanto, esta Sala de Revisión resuelve conceder la protección del derecho a la salud y dispondrá que FAMISANAR EPS, autorice y asuma la atención integral de la

enfermedad que aquel padece, sin condiciones de carácter económico o reglamentario, habida cuenta que la protección y conservación del derecho a la salud del actor escapa a cualquier discusión de carácter económico y reglamentario, pudiendo repetir contra el FOSYGA para reponer el valor que haya cubierto la entidad y debía pagar el paciente.³²

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2007 por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá que declaró improcedente la presente acción.

SEGUNDO. TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor José Libardo Rodríguez Hernández, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a FAMISANAR EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aun no lo ha hecho, programe la citas correspondientes con la IPS primaria de Colsubsidio entidad que debe suministrar el tratamiento integral de rehabilitación al señor José Libardo Rodríguez Hernández, a las cuales debe asistir voluntariamente el citado paciente; suministre a tal persona los pañales desechables requeridos, mientras los requiera, según el concepto del médico tratante³³; ORDENAR a FAMISANAR EPS prestar los servicios integrales al señor José Libardo Rodríguez Hernández, tal como lo ha venido haciendo, sin poner como condición el pago de los copagos, los que deberá asumir FAMISANAR EPS en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes³⁴.

CUARTO. NO TUTELAR los derechos a la salud del accionante en relación con la petición de ser enviado a la “Clínica Universitaria Teletón”, para que en tal institución se le realicen las terapias físicas y de rehabilitación, ordenadas por FAMISANAR EPS. Como consecuencia de lo anterior, se niega el suministro de transporte solicitado para acudir a la realización de las

terapias en tal IPS.

SEXTO. DECLARAR que FAMISANAR EPS, puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA-aquellos valores que no está obligada a soportar.

SEPTIMO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 2 de la acción.

2 Dr. Carlos Navas, médico neurólogo especializado en cuidado intensivo y medicina crítica, Dra Viviana Álvarez Diez, especializada en neuropsicología y Dra. Ivonne Escobar Urrego, médico fisiatra de la Clínica Teletón. Ver folio 3 de la acción.

3 Ver Folio 44 de la actuación.

4 Folio 46 ídem.

5 Folio 59 de la actuación.

6 Las sondas de nelatón, la prestación de un medio de transporte que permita trasladar su hijo de la casa a la clínica Teletom, y la exoneración de cuotas moderadoras y/o copagos que debe cancelar por la prestación de los servicios.

7 Sobre la naturaleza y los requisitos de procedencia de la agencia oficiosa en el trámite de tutela, consultar, entre otras, las Sentencias T-498/94, T-500/94, SU-707/96, T-415/97, T-709/98, T-1012/99, T-294/00 y T-315/00.

8 Ver folios 11 a 22 de la actuación.

9 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

10 Artículo 10 Resolución 5261 de 1994.

11 Artículo 14 ibídem.

12 Sentencia T-1063 de 2005. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 Ver al respecto la sentencia T-238 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

14 MP Alfredo Beltrán Sierra.

15 Sentencia T-719 de 2005. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 “Fundación Liga Central contra la Epilepsia”

17 Sentencia T-1063 de 2005.

19 Sentencia T-1219 de 2003 MP Rodrigo Escobar Gil.

20 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

21 Al respecto y sobre tal protección ha reiterado tal jurisprudencia las Sentencias T- 829 de 2006, T-155 de 2006, T-1219 de 2003, T- 899 de 2002.

22 Ver folios 2, 8, 9 y 10 de la actuación.

23 Sentencia T-565 de 1999.

24 Ver folio 3 de la acción.

25 Ver también la Sentencia T-555 de 2007. MP Jaime Araujo R.

26 Ley 100 de 1993, artículo 187.

27 Sentencia T-745 de 2004. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

28 Sntencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.

29 Sentencia T-001 de 2006. MP Rodrigo Escobar Gil.

30 Sentencia T-151 de 2006. MP Rodrigo Escobar Gil.

31 Un poco mas de 1 s.m.l.m.v., el cual se encuentra en \$433.700, oo. Ver página web del Ministerio de la Protección Social.

32 Ver Sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.

33 Ver sentencia T-829 de 2006. MP Manuel José Cepeda.

34 Ver sentencia T-524 de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.