

DERECHO A LA SALUD POR CONEXIDAD - Protección / PROCEDIMIENTO NO INCLUIDO EN EL POS - Presupuesto de procedencia; marcapasos; petición al Fosyga / MARCAPASOS - Procedimiento no incluido en el POS

Es claro que en los casos en que se presente conexidad o un vínculo entre el derecho a la salud y algún derecho fundamental, el primero adquiere dicho carácter, por tanto, permite que la acción de tutela sea instaurada para solicitar su amparo. En efecto, el derecho a la salud adquiere relevancia para la protección por parte del juez cuando la desatención de una patología amenaza con poner en peligro la vida. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para que se ordene realizar un procedimiento o entregar un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, se precisa el cumplimiento de algunos presupuestos, a saber: -Que la exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, amenace los derechos constitucionales del paciente. - Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser reemplazado por otro que tenga la misma efectividad y no se encuentre incluido en el POS. - Que el paciente realmente no pueda asumir el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema. - Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante. Como se infiere que los presupuestos citados no han sido controvertidos por los accionados y, por el contrario se encuentran acreditados en el proceso, se debe acceder al amparo del derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida. La EPS asumirá el gasto, en caso de acreditarse los parámetros tenidos en cuenta por la Corte Constitucional en la sentencia SU-819 de 1999, en cuanto el otorgamiento excepcional del servicio de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia, el Estado a través del FOSYGA y la EPS en la correspondiente proporción, según lo determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme a la capacidad socioeconómica que logre determinarse. Ahora, se observa que la intervención quirúrgica ya fue practicada y autorizado el marcapasos por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, lo que daría lugar a un hecho superado pero se advierte que nada se dijo del cubrimiento de los gastos, y por tal razón se accederá al amparo del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y en consecuencia, se ordenará a la E.P.S. cubrir los gastos del implante y del marcapasos suministrado a la paciente Amparo Cardona de Jaramillo, autorizar los procedimientos requeridos y cubrir los costos, siempre que el médico tratante certifique que el procedimiento es indispensable para evitar la muerte. Para garantizar el equilibrio financiero de la entidad prestadora de salud, a la E.P.S. le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud –FOSYGA-.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá, D.C, tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00851-02(AC)

Actor: JORGE HUMBERTO JARAMILLO CARDONA

Demandado: EJERCITO NACIONAL - DIRECCION DE SANIDAD MILITAR Y OTRO

Referencia: IMPUGNACION SENTENCIA. ACCION DE TUTELA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por Jorge Humberto Jaramillo Cardona, en calidad de agente oficioso de su madre Amparo Cardona Jaramillo, contra el fallo del 17 de julio de 2008, que denegó la solicitud de tutela.

1. ANTECEDENTES

Jorge Humberto Jaramillo Cardona instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional – Dirección de Sanidad Militar y CAFESALUD M.P. pues, en su sentir, le vulneraron los derechos constitucionales fundamentales a la vida, salud y seguridad social.

2. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

El actor solicitó la tutela de los derechos fundamentales de su madre. En consecuencia, pidió como medida provisional, se impartieran órdenes a las accionadas para que de manera inmediata autorizaran en forma integral la implementación del marcapasos que requiere; autorizar y cubrir todos los procedimientos médico-clínicos necesarios; ordenar a la EPS del Ejército Nacional el suministro de los medicamentos prescritos para su salud y vida (fl.3).

El actor fundamentó sus pretensiones en los hechos que se compendian así (fls.1 y 2):

2.1. Amparo Cardona Jaramillo es beneficiaria del sistema de salud de la E.P.S. Sanidad del Ejército Nacional en su condición de esposa del Suboficial José Octavio Jaramillo Fernández, pensionado en 1974.

2.2. El Suboficial se vio obligado a costearse una medicina prepagada en CAFESALUD, porque hace más de veinte años, Sanidad Militar se negó a tratarlo por un cáncer en el esófago.

2.3. Amparo Cardona Jaramillo presentó graves problemas de salud y todo el tiempo ha sido atendida por el especialista en cardiología de CAFESALUD, quien dispuso de inmediato una intervención quirúrgica y le fue implantada una válvula mecánica. Como consecuencia, le diagnosticaron una medicación especial que no se encuentra cubierta en el plan de medicina prepagada. Sanidad Militar se ha negado a suministrarla y, dado su alto costo no pueden cubrir su pago.

2.4. Como la paciente no pudo acceder a la medicina, el 29 de junio de 2008, presentó fuertes dolores de pecho, debiendo de inmediato ser ingresada a urgencias de la Clínica de Medellín, a costa de CAFESALUD, en donde se encuentra hospitalizada a la fecha de presentación de la tutela y requiere, en forma inmediata, otra intervención para el implante de un marcapasos que no cubre medicina prepagada y la familia no cuenta con los recursos económicos para cancelarlo, pues sus ingresos provienen de una ínfima pensión. Elevó derecho de petición a Sanidad Militar para que cubriera los costos, pero hasta la fecha de presentación de la tutela no ha obtenido respuesta (fls. 1-14).

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1. Previo a tramitar la acción, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Antioquia, el 3 de julio de 2008, realizó audiencia pública para recibir ampliación de los hechos (fls. 13 y 14).

3.2. Por auto de 4 de julio de 2008 fue admitida la acción de tutela y se ordenó notificar a los accionados. Como medida provisional, ordenó a la Dirección General de Sanidad Militar, si lo requiere el médico tratante de la paciente Amparo Cardona Jaramillo, para salvar su vida o por conjurar una amenaza inminente e inmediata, realizar los procedimientos o tratamientos quirúrgicos y asistenciales que sean necesarios, en el establecimiento hospitalario en el cual está actualmente recluida. (fls. 26 y 27).

4. OPOSICIÓN

4.1. El Director del Hospital Militar Regional de Medellín, solicitó negar por improcedente la tutela ante la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales. Informó que en cumplimiento de la medida provisional, se expidió la orden de servicios externa N° 18398 a la Clínica Medellín, donde Amparo Cardona Jaramillo fue internada por su familia, quien cuenta con medicina prepagada de CAFESALUD.

Dijo que no es cierta su negativa a suministrarle los medicamentos invocados en un derecho de petición y que tampoco ha sido evasivo, pues respecto al medicamento WAFARINA de 5 mg., se encuentra incluido en el listado de medicamentos para el Subsistema de las Fuerzas Militares y en ese momento se encontraba disponible en la farmacia. En cuanto al medicamento CRESTOR, se suministra a sus pacientes y para tales casos hay un proceso para su solicitud pese a no estar incluido en el listado determinado para los usuarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, en donde se le indica al paciente que si requiere según consideración de su médico tratante un medicamento, en este caso de marca comercial que esté incluido como genérico en su listado, “deberá presentar la documentación requerida para su análisis en el Comité Técnico Científico de medicamentos y dispositivos, determinados por Resolución 0001 del 17 de enero de 2007 de la Dirección de Sanidad Militar”.

Aclaró que no se deben realizar interminables filas como lo afirma el actor, ya que en ningún momento su progenitora ha consultado los servicios de salud a Sanidad Militar y ésta cuenta con las mejores instituciones como la Clínica Cardiovascular, Hospital Pablo Tobón Uribe, Clínica Antioquia, Clínica Universitaria Bolivariana, Hospital Universitario San Vicente de Paúl, entre otras, de las cuales pueden hacer uso sus pacientes cuando lo requieran y si no ha solicitado sus servicios no le ha vulnerado derechos fundamentales, pues no se encontró registro alguno de la mencionada usuaria.

4.2. El Gerente Regional de Medellín, CAFESALUD Medicina Prepagada, pidió negar la acción de tutela por improcedente y carencia de objeto, en relación con el contrato particular suscrito entre esta entidad y la paciente, el cual se encuentra vigente.

Informó que el 30 de junio de 2008, Amparo Cardona Jaramillo ingresó a la Clínica Medellín del Centro, por mareo que se aumenta con los cambios de posición e hipotensión, con episodios previos similares y se diagnosticó “Bradicardia Sintomática evidenciada en EKG y HOLTER”.

El 3 de julio de 2008, fue emitida la orden 7861166 en donde se informó que Medicina Prepagada no cubre el suministro de marcapasos, de acuerdo con lo descrito en el contrato de prestación de servicios, PLAN GOURMET. Que tal prótesis debe ser cubierta por la EPS Dirección de Sanidad Militar o por la paciente.

Sostuvo que CAFESALUD le está cubriendo los servicios pactados y le ha ofrecido las alternativas posibles dentro del marco de la ley, como acudir a la EPS Dirección General de Sanidad Militar para que adelante el procedimiento que requiere la paciente y como ésta ya suministró la autorización, carece de objeto la acción.

4.3. El actor, en memorial visible a folio 48, manifestó que como la paciente no podía esperar más tiempo, debió firmarse un pagaré y una letra de cambio, para garantizar el pago del marcapasos mientras Sanidad daba la autorización y que hasta la fecha CAFESALUD no ha devuelto los títulos.

5. FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia en fallo del 17 de julio de 2008, negó por improcedente la solicitud, absolvió a CAFESALUD Medicina Prepagada de los cargos y negó ordenar el tratamiento integral por parte de la Dirección General de Sanidad Militar. Expuso que una vez decretada la medida cautelar, la accionada autorizó el suministro del marcapasos y efectivamente se llevó a cabo la cirugía que la paciente requería. Precisó que conforme a la respuesta de la Dirección de Sanidad Militar, sobre el suministro de medicamentos, éstos no han sido negados, pues no ha realizado el procedimiento regular que la entidad ha previsto para acceder a los servicios de salud a suministrar, en tanto que tuvo conocimiento del estado de la paciente sólo el 2 de julio de 2008 sin que hubiera sido posible esperar la respuesta porque en forma inmediata fue interpuesta la acción de

tutela. Advirtió que se está en presencia de un hecho superado por la orden impartida.

Respecto a CAFESALUD lo exoneró de vulnerar los derechos fundamentales a la actora por cuanto ésta ha cubierto todos los demás procedimientos requeridos por la paciente, en los términos del contrato de medicina prepagada.

6. IMPUGNACIÓN

Insistió el actor en las trabas que impone Sanidad Militar para la entrega de medicamentos y la autorización para el implante del marcapasos, por tal razón debieron firmar dos títulos valores para garantizar el pago y no porque la accionada haya dado cumplimiento a la medida provisional. Por tanto solicitó ordenarle de manera integral todos los servicios de salud requeridos (fls.63-64).

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

En el asunto objeto de estudio, el actor solicita la protección de los derechos constitucionales fundamentales invocados y en consecuencia, pide se ordene a la Dirección de Sanidad del Ejército la atención integral en salud a su madre AMPARO CARDONA DE JARAMILLO.

En el expediente se encuentra probado lo siguiente:

Amparo Cardona de Jaramillo es beneficiaria del servicio de salud en la E.P.S. Servicio de Sanidad del Ejército Nacional (fl. 5) y en CAFESALUD Medicina Prepagada (fl.6).

La paciente elevó dos derechos de petición a Sanidad Militar del Ejército Nacional: el primero el 23 de mayo de 2008, solicitando a esa entidad la autorización para el suministro de los medicamentos WAFARINA 5 mgs. En respuesta, el 3 de junio de 2008, el Director del Hospital Regional de Medellín le informó a la peticionaria que los medicamentos requeridos se encontraban a disposición en la farmacia de ese hospital para ser dispensados de acuerdo con la prescripción médica, al presentar la fórmula original y el carné de servicios médicos que la acrediten como usuaria del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares. En cuanto al medicamento CRESTOR 20 mgs, le informó que debía acercarse a la oficina de atención al usuario para cumplir con los requisitos exigidos para ser sometido a Comité Técnico Científico, por tratarse de un medicamento que se encuentra fuera del POS (fl.9).

El 2 de julio de 2008, el actor solicitó al Director del Hospital Regional de Medellín, autorización para cubrir los costos y gastos que no asumiera medicina prepagada, de los servicios médicos clínicos requeridos por su madre con ocasión de la hospitalización en la clínica de Medellín. No se obtuvo respuesta porque el 4 de julio de 2008 fue interpuesta la acción de tutela.

Por auto del 4 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia, como medida provisional, ordenó a la Dirección General de Sanidad Militar, autorizar en forma inmediata, de requerirlo el médico tratante de la paciente Amparo Cardona Jaramillo para salvar su vida y conjurar la amenaza, la realización de los procedimientos o tratamientos médicos quirúrgicos y asistenciales que fueren necesarios, en el establecimiento hospitalario en el cual estaba reclusa. (fl.27).

El 7 de julio de 2008, según respuesta de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mediante orden de servicio 18398, dirigida a la Clínica Medellín, se autorizaron exámenes especiales y otros, así como el Marcapasos Bicameral con electrodos auricular y ventricular (fl. 45) a la paciente Amparo Cardona de Jaramillo y ya le fue practicada la intervención quirúrgica.

Es claro que en los casos en que se presente conexidad o un vínculo entre el derecho a la salud y algún derecho fundamental, el primero adquiere dicho carácter, por tanto, permite que la acción de tutela sea instaurada para solicitar su amparo. En efecto, el derecho a la salud adquiere relevancia para la protección

por parte del juez cuando la desatención de una patología amenaza con poner en peligro la vida.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para que se ordene realizar un procedimiento o entregar un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, se precisa el cumplimiento de algunos presupuestos¹, a saber:

- Que la exclusión del medicamento correspondiente o la falta de tratamiento, amenace los derechos constitucionales del paciente.
- Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser reemplazado por otro que tenga la misma efectividad y no se encuentre incluido en el POS.
- Que el paciente realmente no pueda asumir el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.
- Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.

Como se infiere que los presupuestos citados no han sido controvertidos por los accionados y, por el contrario se encuentran acreditados en el proceso, se debe acceder al amparo del derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

En efecto, frente al tema de la exclusión de tratamientos del Plan Obligatorio de Salud, en reiteradas oportunidades ha dicho esta Corporación que el derecho a la seguridad social en salud se constituye en fundamental cuando su vulneración o amenaza extiendan directamente sus efectos al de la vida por cuanto el ejercicio pleno de aquél es presupuesto indispensable para conservar el de la vida².

En el presente caso, por las particularidades de la enfermedad que padece Amparo Cardona de Jaramillo, la falta de autorización oportuna de tratamientos, procedimientos y el suministro del marcapasos pudo agravar su epicrisis y correr riesgo su vida, por lo tanto, la medida provisional tomada por el Tribunal, era urgente.

¹ Cfr. Sentencia de 17 de abril de 2008. C.P. doctora María Inés Ortiz Barbosa, Exp.2008-00008-01. Sobre este punto también se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias T-108 de 1999, T-300 de 2001, T-170 de 2002, T-667 de 2002 y 264 de 2003.

² Sentencias: del 23 de marzo de 2001 Rad. N° 0070; del 12 de octubre de 2001 Radicado N° 1751 Interno N° 1385 M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; del 8 de febrero de 2002 Rad. N° AC-2324 y del 21 de junio de 2002 Rad. N° AC- 3327 M.P: Ligia López Díaz.

La EPS asumirá el gasto, en caso de acreditarse los parámetros tenidos en cuenta por la Corte Constitucional en la sentencia SU-819 de 1999, en cuanto el otorgamiento excepcional del servicio de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia, el Estado a través del FOSYGA y la EPS en la correspondiente proporción, según lo determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme a la capacidad socioeconómica que logre determinarse.

Por lo tanto, cumplidos los requisitos establecidos para acceder a ordenar el cubrimiento del tratamiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, es procedente la acción de tutela, toda vez que la paciente requería con urgencia la prótesis (marcapasos) para ser intervenida en forma inmediata y no podía el actor esperar los quince días que concede la norma para responder a la petición, pues estaría en riesgo la vida de la paciente.

Ahora, se observa que la intervención quirúrgica ya fue practicada y autorizado el marcapasos por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, lo que daría lugar a un hecho superado pero se advierte que nada se dijo del cubrimiento de los gastos, y por tal razón se accederá al amparo del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y en consecuencia, se ordenará a la E.P.S. cubrir los gastos del implante y del marcapasos suministrado a la paciente Amparo Cardona de Jaramillo, autorizar los procedimientos requeridos y cubrir los costos, siempre que el médico tratante certifique que el procedimiento es indispensable para evitar la muerte.

Para garantizar el equilibrio financiero de la entidad prestadora de salud, a la E.P.S. le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud –FOSYGA-.

En lo que respecta a Medicina Prepagada CAFESALUD, esta entidad cumplió con el contrato celebrado en materia de salud y por lo tanto, no le ha vulnerado los derechos fundamentales a la paciente Amparo Cardona Jaramillo.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE el fallo impugnado. En su lugar,

1. AMPÁRASE el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de AMPARO CARDONA DE JARAMILLO. En su lugar,

1.1 ORDÉNASE a la entidad promotora de salud Dirección de Sanidad Militar, en el término de cuarenta y ocho horas, cubrir los gastos del marcapasos bicameral autorizado mediante la orden de servicios externa 18398 a la Clínica Medellín y los procedimientos e intervenciones quirúrgicas que requiera en el futuro Amparo Cardona Jaramillo como beneficiaria del Servicio de Sanidad de Ejército Nacional o los que no asuma Medicina Prepagada CAFESALUD.

1.2 A LA E.P.S. Dirección de Sanidad del Ejército Nacional le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud FOSYGA.

2. CONFÍRMASE la denegatoria de la tutela frente a CAFESALUD Medicina Prepagada.

Envíese a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada en Sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Presidente de la Sección

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

LIGIA LÓPEZ DÍAZ