

Sentencia T-1030/12

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Reconocimiento del carácter fundamental en el ámbito internacional

DERECHO A LA SALUD-Suministro de insumos, medicamentos y procedimientos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD Y VIDA-Salvaguarda de la existencia en condiciones dignas

COMITE TECNICO CIENTIFICO-No se puede imponer su trámite ante EPS para solicitar prestaciones excluidas del POS

PLAN DE BENEFICIOS DE REGIMEN CONTRIBUTIVO-Subreglas de inaplicación

EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos

INAPLICACION DE NORMAS PARA EL PAGO DE CUOTAS MODERADORAS O COPAGO PARA SUMINISTRO DE INSUMOS Y MEDICAMENTOS-Falta de capacidad económica

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON PARALISIS CEREBRAL CONTRA EPS-Suministro

de medicamentos, pañales y asistencia domiciliaria de enfermería sin exigir cuotas ni copagos

Referencia: expediente T-3.500.583

Acción de tutela instaurada por Dolores Barreto Mendoza en representación de su hijo Daniel Garnica Barreto Contra Sura EPS.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil doce (2012)

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela en primera instancia por el Juzgado Segundo (2º) Penal Municipal de Barranquilla con Funciones de Control de Garantías, del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), y en segunda instancia por el Juzgado Octavo (8º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, del Catorce (14) de octubre de dos mil doce (2011), dentro de la acción de tutela impetrada por la señora Dolores Barreto Mendoza en representación de su hijo Daniel Garnica Barreto Contra Sura EPS.

I. ANTECEDENTES

Dolores Sofía Barreto Mendoza, en representación de su hijo menor Daniel David Garnica Segura, interpuso acción de tutela en contra de Sura E.P.S. por considerar vulnerado su derecho fundamental a la vida digna y a la salud.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Daniel David Garnica Segura de 9 años de edad, sufre actualmente de una parálisis cerebral infantil que le impide controlar los esfínteres y por ende realizar sus necesidades fisiológicas de manera independiente.

2.- Aduce la representante legal del menor que debido a las patologías que padece su hijo, no puede asumir los costos de los pañales desechables ni tampoco los copagos y las cuotas moderadoras que exige la entidad accionada, toda vez que se dedica tiempo completo al cuidado de su hijo. Igualmente señala que su compañero tiene unos ingresos que no superan los dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, con los cuales costea el pago de servicios públicos, la alimentación, seguro médico, ropa, vivienda, entre otros.

3.- Se presentaron tres derechos de petición ante Sura E.P.S. solicitando: (i) el suministro de pañales¹; (ii) la atención médica domiciliaria por 12 horas diarias por parte de una enfermera o profesional de la salud²; y (iii) la exoneración del pago de las cuotas moderadoras y el copago³. Frente a la primera solicitud, Sura EPS respondió que no podían autorizar el insumo de dichos pañales debido que se encuentran excluidos del POS; en cuanto a la segunda, que la familia es la encargada del cuidado del menor; y (iii) finalmente que no podían acceder a la exoneración del pago que corresponde a las cuotas moderadoras o el copago, pues el artículo 3 del Acuerdo 260 de 2004 señala en su parágrafo que “es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes”.

Solicitud de Tutela

4.- De acuerdo con lo expuesto, la señora Dolores Sofía Barreto Mendoza en representación de su hijo, solicita tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, y en consecuencia se proceda a la asignación de una enfermera o profesional de la salud por doce horas diarias, la exoneración del pago de las cuotas moderadoras y de copagos y el suministro de 150 pañales mensuales, Reflujin Suspensión, Plitican Gotas, Kidditharmaton Jarabe, Pediasure y Vitermun.

Respuesta de la entidad demandada

5.- La representante legal de Sura EPS manifiesta, respecto del suministro de pañales, que este insumo hace parte del vestuario e implementos de aseo personal que deben ser asumidos por la familia, que los mismos no hacen parte dentro del marco contractual del POS y que no existen soportes y prescripciones médicas que autoricen dichos insumos. Asimismo, adujo que el suministro de kiddyharmaton Jarabe, Pediasure y Vitermun, no constituyen prestaciones médicas, ya que son suplementos alimenticios y que los demás medicamentos al no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud, debían solicitarse ante el Comité Técnico Científico.

6.- Frente a la asignación de la enfermera aclara que “la familia es la responsable de disponer de un cuidador primario quien bajo la orientación del personal médico y de la enfermería, atiende las necesidades y tareas básicas para el cuidado del paciente”.

7.- Indica, que la calidad de beneficiario que tiene Daniel Garnica en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -Régimen Contributivo-, lo obliga al pago de las cuotas moderadoras y los copagos, pues así lo establece la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 260 de 2004 mediante el cual se definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras. Además el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, establece que “cuando un afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS, deberá financiarlos directamente”.

Con base en estos fundamentos, la representante legal de Sura EPS considera que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al niño Daniel Garnica y en consecuencia debe negarse por improcedente la acción de tutela Sub Judice.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

8.- El Juzgado Segundo (2º) Penal de Barranquilla con Funciones de Control de Garantías, mediante fallo del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), tuteló los derechos fundamentales solicitados, ordenándole a la EPS accionada la prestación de un servicio integral, la entrega de 150 pañales, la asignación de enfermera o profesional, la exoneración

de cuotas moderadoras y la entrega de los demás medicamentos solicitados, bajo el argumento de que los insumos alimenticios, medicamentos y tratamientos solicitados, alivian las afecciones en la salud de Daniel Garnica y le permite llevar una vida en condiciones más dignas, evitando que su salud se siga deteriorando cada vez más.

Impugnación por parte de la accionante

La representante legal del niño Daniel Garnica, impugnó el fallo del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), expedido por el Juzgado Segundo (2°) Penal de Barranquilla con Funciones de Control de Garantías, solicitando la exoneración del copago que se desprende de la atención suministrada a su hijo por parte de Sura EPS.

Impugnación por parte de Sura EPS

La representante legal de Sura EPS, impugna el fallo del juez a quo, por considerar que al ordenarse la autorización de los suplementos alimenticios de Pediasure, Vitermun y Kidditharmaton, se desconoció la normatividad y el cúmulo de jurisprudencia constitucional que regula el SGSSS, pues dichos insumos no son constitutivos de prestaciones asistenciales en salud y además deben asumirlos los familiares del usuario.

De igual manera adujo, que no existen soportes ni prescripciones médicas, para ordenar a Sura EPS, el suministro de los insumos solicitados pues “no existen soportes ni prescripciones médicas para tales aditamentos, lo que determina la improcedencia de la presente accion”.

Finalmente, considera que los fundamentos utilizados para exonerar de los copagos y cuotas moderadoras a la accionante no están acorde a la situación fáctica y jurídica que acaece en el Sub examine, en tanto que si la accionante careciera de recursos económicos para cumplir con sus deberes respecto del SGSSS, debería considerar la posibilidad de afiliarse a través del régimen subsidiado y no permanecer en el contributivo.

9.- El Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, resolvió confirmar el fallo del juez a quo, solamente respecto de los medicamentos denominados Reflujin Suspensión, Plitican Gotas y los Pañales. Adujo, frente a los demás insumos o medicamentos

solicitados, que no debían ser autorizados toda vez que no existe prescripción médica expedida por un médico adscrito a la EPS o de uno particular.

En cuanto a la exoneración de pago de las cuotas moderadoras y el copago, consideró que en el caso sub examine no se dan los presupuestos jurisprudenciales que establece la Corte Constitucional para acceder a tal petición, pues el esposo de la representante legal del menor Daniel Garnica devenga más de un salario mínimo mensual. De la misma manera señaló, que el Acuerdo 260 de 2004 establece principios que deben respetarse, pues de lo contrario se pondría en riesgo el financiamiento del SGSSS.

Pruebas relevantes en el expediente.

10.-En el expediente constan las siguientes pruebas:

- * Copia simple de derecho de petición del veintisiete (27) de septiembre del dos mil diez (2010) ante Sura EPS, con su respectiva contestación (Folios 16 y 17 del primer cuaderno)
- * Copia simple de derecho de petición del veintidós (22) de marzo de dos mil once (2011) ante Sura EPS, con su respectiva contestación (Folios 13 y 14 del primer cuaderno)
- * Copia simple de derecho de petición del primero (1º) de abril de dos mil once (2011) ante Sura EPS, con su respectiva contestación (Folios 9-12 del primer cuaderno)
- * Copia simple del historial médico de Daniel David Garnica Barreto expedido por Sura EPS. (Folio 17 del primer cuaderno)
- * Copia simple de fórmulas medicas expedidas por los médicos tratantes. (Folios 20-22 del primer cuaderno)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión deberá determinar si Sura EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, vida digna, mínimo vital y seguridad social de Daniel David Garnica Barreto, representado por su madre Dolores Sofía Barreto Mendoza, por negar los insumos, medicamentos y procedimientos, en especial el de pañales, bajo el argumento de que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y además exigir el valor de las cuotas moderadoras y copago que el tratamiento de la enfermedad del menor requiere.

3.- A fin de resolver los casos, la Sala reiterará lo que la Corte Constitucional ha sostenido sobre: (i) El derecho fundamental a la salud; (ii) El suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios; (iii) el Trámite ante el Comité Técnico Científico para solicitar prestaciones excluidas del Plan de Beneficios; (iv) Subreglas que ha establecido la jurisprudencia Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo; (v) Inaplicación de las normas relativas al pago de las cuotas moderadoras y copago, cuando la persona requiere del suministro de unos insumos y/o medicamentos y carece de los recursos económicos suficientes para efectuar tal pago, para finalmente proceder al análisis del caso concreto.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración jurisprudencial.

5.- El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, indica que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, estableciendo políticas para la prestación del servicio y ejerciendo una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho fundamental y, por otro, en un servicio público de carácter esencial.

6.- El carácter fundamental de los derechos constitucionales, ya no se estructuran a partir de la distinción de derechos de primera o segunda generación, ni tampoco porque tenga alguna relación directa con otros derechos fundamentales -tesis de conexidad-, pues la Corte entiende que son fundamentales todos aquellos derechos constitucionales que funcionalmente estén dirigidos a lograr la “dignidad humana” de las personas y además que sea entendido como subjetivo⁴. Bajo estos supuestos es que la Corte Constitucional entendió que el derecho a la salud era fundamental. En ese sentido la Corte Constitucional en

Sentencia T-736 de 2004 precisó que:

7.- Ahora bien, la génesis del estatus fundamental del derecho a la salud, coincidió con la evolución de la protección de este derecho en el ámbito internacional, específicamente en la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se señaló:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.
(Negrillas fuera del texto original)

En este mismo sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica en su párrafo 1º que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.

Asimismo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’

8.- Con todo, la garantía del derecho fundamental a la salud, está funcionalmente dirigido a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. Debido a esto, la jurisprudencia de esta Corporación manifestó, que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones que a pesar de no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Verbigratia, los casos en donde las EPS niegan el suministro de pañales a las personas que no pueden controlar sus esfínteres, bajo el argumento que no se encuentran incluidos en el POS. Al

respecto este Tribunal indicó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema⁵.”

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud, pues no solamente es un derecho autónomo sino que también comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad. Dichos derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales⁶. Sin embargo, el derecho a la salud no es absoluto, pues se puede limitar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia de este Tribunal.

El suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios. Reiteración jurisprudencial.

9.- En principio el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela, solamente respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud. Empero, dicha regla no es absoluta, dado que la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática y reiterativa en señalar que en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional.

“[L]a exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, 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 ellos⁷.”

Esta posición, ha servido como base para que esta Corporación en reiteradas ocasiones tutele los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, frente a la negativa de las Entidades Promotoras de Salud -E.P.S- de conceder insumos a sus pacientes, por no estar incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Bajo argumentos similares, la Corte en sentencia T-099 de 19998 tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad (80 años), con bajos recursos económicos, que sufría de incontinencia urinaria, al considerar que la negación de los insumos y/o medicamentos por parte de la Entidad Promotora de Salud, tornaba indigna la existencia del paciente, toda vez que no le permitía el goce de una óptima calidad de vida, pues se le impedía desarrollarse plenamente. En esta ocasión la Corte Constitucional señaló que frente a las personas de la tercera edad “el derecho a la seguridad social se erige en fundamental y su protección se torna insoslayable”.

En un caso similar, este Tribunal en la sentencia T-565 de 19999, adujo: “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. Agregó de igual manera, “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”.

Con los mismos argumentos en la sentencia T-899 de 2002¹⁰, se tuteló el derecho a la salud y a la vida digna de una persona que padecía de incontinencia urinaria que se originaba por una cirugía de próstata que le había sido practicada. La Corte en esta oportunidad, ordenó a la EPS demandada la entrega de pañales, inclusive sin ser manifiesta la formulación del médico tratante adscrito a esa entidad. A juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía el paciente, si bien no comprometía su derecho a la vida, sí le impedía llevar una vida en condiciones dignas¹¹.

Resulta evidente, que cuando una persona de la tercera edad requiere el suministro de pañales desechables, la Entidad Promotora en Salud debe autorizarlos, para salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, sin perjuicio de que la

E.P.S. recobre los insumos suministrados por medio de la acción de repetición contra el Estado¹².

10.- Ahora bien, el derecho a la vida implica la salvaguardia de unas condiciones que permitan la existencia de las personas con dignidad. Es así como 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 que sufre una seria discapacidad física, no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna¹³. De ahí que la acción de tutela sea el medio judicial más idóneo para defender el derecho fundamental a la salud.¹⁴

Trámite ante el Comité Técnico Científico para solicitar prestaciones excluidas del Plan de Beneficios.

11.- Si bien es cierto y razonable, que el servicio médico debe pasar por determinados trámites administrativos, también es necesario que éstos no sean excesivos e impongan a las personas una carga que no les corresponde asumir, pues en estas circunstancias se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Razón por la cual la jurisprudencia constitucional, en sentencia T-1016 de 2006, señaló que se “irrespete el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico.’”¹⁵

12.- Ahora bien, este Tribunal ha sido reiterativo en manifestar que el concepto de Comité Técnico Científico no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud, en tanto que “el tiempo de espera fijado por la normativa resulta entonces desproporcionado frente la necesidad de garantizar el goce efectivo y oportuno del derecho [fundamental] a la salud”¹⁶.

13.- De conformidad con la regulación vigente los medicamentos y procedimientos no contemplados en el Plan de Beneficios, deben ser asumidos por las entidades territoriales con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la oferta, recursos que deben ser administrados por las Secretarías Departamentales de Salud para hacer efectiva la prestación de los servicios solicitados por los afiliados. Sin embargo la Corte aclaró

que de manera excepcional las Entidades Promotoras de Salud deben prestar el servicio excluido del P.O.S., con cargo a sus recursos, no solamente cuando el servicio de salud sea urgente sino también cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional¹⁷, sin perjuicio de que posteriormente solicite el recobro de los insumos o tratamientos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

En fin, muchas veces el acatamiento estricto del Plan de Beneficios conlleva a la vulneración de derechos como el de la vida digna y la integridad personal. Razón suficiente, para que esta Corporación haya obligado en reiteradas ocasiones a las Entidades Promotoras de Salud a suministrar los servicios que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios, sin que se deba recurrir a tramites administrativos engorrosos que el usuario no debe soportar. No obstante, dichos suministros están sometidos a una serie de condiciones o subreglas que la Corte creó para inaplicar el Plan de Beneficios.

Subreglas que ha establecido la jurisprudencia Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo.

14.- El Plan obligatorio de Salud se constituye por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como un conjunto de servicios que deben proporcionar las entidades promotoras en salud a los afiliados del régimen Contributivo¹⁸. Sin embargo, dicho contenido que no es absoluto, en tanto que los afiliados tienen que costear por su propia cuenta aquellos procedimientos y actividades que no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; entre ellos los tratamientos de carácter estético, cosmético o suntuario.

Empero, este Tribunal ha considerado que si una persona necesita un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud y carece de capacidad económica para costearlo, la entidad promotora de salud debe suminístralo, pues de lo contrario se vulnerarían los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad y a la salud del afiliado, dando prelación a la normatividad reglamentaria del Sistema de Seguridad Social en Salud sobre los derechos de rango constitucional. Es importante resaltar que este tipo de decisiones han sido tomadas sin distinguir si la persona se encuentra afiliada al Régimen Contributivo¹⁹ o al Subsidiado.

Ahora bien, la inaplicación de las normas que reglamentan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, requiere del cumplimiento de una serie de requisitos que la

jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera:

2. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
3. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
4. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 20

Por ultimo, las subreglas establecidas por la Corte Constitucional tendentes a inaplicar el POS, deben ser verificadas en cada caso en particular, para que una vez corroboradas se ordene a las Entidades Promotoras de Salud el correspondiente suministro del insumo, medicamento o servicio médico que se requiera.

Inaplicación de las normas relativas al pago de las cuotas moderadoras y copago, cuando la persona requiere del suministro de unos insumos y/o medicamentos y carece de los recursos económicos suficientes para efectuar tal pago.

15.- La Ley 100 de 1993 en su artículo 187 regula las cuotas moderadoras y los deducibles que los afiliados y beneficiarios del SGSSS deben pagar, dirigidos a racionalizar el uso de los servicios del sistema, así como también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, este deber está limitado, en tanto que los pagos de cuotas moderadoras y copagos no pueden convertirse en barreras de acceso para los más pobres.

Esta norma fue declarada exequible en la sentencia C-542 de 1998, entendiendo que en el caso en que el usuario del servicio no disponga de recursos económicos suficientes para sufragar las cuotas moderadoras o copagos, no se les debe negar la prestación de los

servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos, por parte de la entidad.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-940 de 2005 estimó que:

“la incapacidad financiera de una persona para cancelar las cuotas de recuperación no es razón suficiente para que no reciba un tratamiento o procedimiento médico, de presentarse esta extralimitación de la exigencia se vulnerarían los más altos postulados del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, 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 procedimientos.”

Así las cosas, la Corte entiende que el deber de pagar las cuotas moderadoras y el copago, son mecanismos legítimos que el sistema general de seguridad social en salud creó con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera. Empero, cuando el usuario se encuentre en incapacidad financiera para sufragar dichos pagos, es deber de las entidades promotoras de salud inaplicar la normatividad y en su lugar suministrar los insumos, medicamentos o tratamientos que requiera de manera urgente, y así evitar una vulneración inminente de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los beneficiarios del sistema.

16.- Ahora bien, esta Corporación ha indicado de manera reiterativa que la simple manifestación de incapacidad económica, no requiere que se aporte prueba alguna por parte de peticionario (art. 177 del C.P.C), pues no solo se presume la buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución Política, sino que también se invierte la carga de la prueba a la entidad demandada²¹. Frente al particular esta Corporación en su jurisprudencia indicó:

“(…) es suficiente con que el solicitante aduzca en la demanda que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o del procedimiento excluido del POS. Así mismo, y de manera correlativa, le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Esto se justifica, según la Corte, por cuanto “en esta hipótesis, el dicho del extremo demandante constituye una negación

indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación”²².

IV Caso concreto

17.- Daniel David Garnica Barreto de 9 años de edad sufre actualmente de una parálisis cerebral infantil que no le permite controlar sus esfínteres, razón por la cual no puede realizar sus necesidades fisiológicas de manera independiente. Aduce la madre del menor Daniel Garnica que debido a la enfermedad que padece su hijo, no puede asumir los costos de los pañales desechables, ni tampoco los copagos y cuotas moderadoras que exige la entidad accionada, toda vez que está dedicada tiempo completo a su cuidado, y que los ingresos de esposo no son suficientes para sufragar los gastos de la casa y los que requiere el menor.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a esta Corporación determinar: (i) si el pago de las cuotas moderadoras y los copagos afectan el mínimo vital del núcleo familiar del menor Daniel David Garnica Barreto, a pesar de encontrarse afiliados en el régimen contributivo del SGSSS; y (ii) decidir si Sura E.P.S vulnera o no los derechos fundamentales del menor, al negar la autorización de los insumos y servicios que solicitaron, bajo el argumento de que no fueron prescritos por el médico tratante y que algunos de éstos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

18.- Para determinar si en el presente caso existió o no alguna afectación al mínimo vital con el pago de cuotas moderadoras y el copago, la Sala constató que:

a) Actualmente los ingresos mensuales del grupo familiar del menor, es de un salario mínimo mensual vigente, pues así lo corrobora la Sura E.P.S. en el escrito de contestación, al señalar que Daniel Garnica “(...) cuenta con 52 semanas cotizadas en el ultimo año, y registra un Ingreso Base de Cotización de \$535.600”²³.

b) En la base de datos del Sisben III -en el municipio de Barranquilla- se constata que el puntaje de la Señora Dolores Sofía Barreto Mendoza y su hijo es de 29.7724 y que actualmente la zona donde reside el núcleo familiar del menor Garnica es estrato 125.

c) El valor que paga mensualmente el esposo de la señora Dolores Sofía Barreto Mendoza,

por concepto de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y donde se encuentran como beneficiarios la accionante y su hijo, es de aproximadamente setenta mil pesos (\$70.000)²⁶. Y el costo de los servicios públicos, oscila entre noventa mil pesos (\$90.000) y ciento veinte mil pesos (\$120.000) mensuales²⁷.

Bajo estas circunstancias fácticas, la Sala considera que no sólo la accionante y su familia no tiene capacidad económica para sufragar los gastos de los insumos y medicamentos que solicita, sino que además no se encuentran condiciones de costear las cuotas moderadoras y copagos que exige la entidad accionada, en tanto que el ingreso que recibe el núcleo familiar del menor, ni si quiera es suficiente para su sostenimiento básico, lo que les impide costear los gastos que demanda la enfermedad del menor. Mas aún cuando existen ordenes de copago²⁸ por ciento sesenta y dos mil seiscientos cuarenta y tres pesos (\$162.642).

La Sala considera que hay una grave afectación al mínimo vital de la familia del menor, pues la accionante puso en evidencia como el monto que recibe mes a mes, no le es suficiente para su digna subsistencia y la de su familia. Por consiguiente Sura EPS debe inaplicar la normatividad respectiva y en su lugar suministrar los insumos, medicamentos o tratamientos, sin el cobro de cuotas moderadoras y copagos.

Es necesario recordar que a partir del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, se crearon los copagos y las cuotas moderadoras con el fin de ayudar a financiar el SGSSS. Empero, dicha norma fue declarada condicionalmente exequible por la sentencia C-542 de 1998, pues se estableció que si el usuario no disponía de los recursos necesarios para sufragar las cuotas moderadoras, el sistema no podía negar la prestación de los insumos, medicamentos o tratamiento que requiriera usuario. En esta ocasión la Corte resolvió “[d]eclarar EXEQUIBLE el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras 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 (...)”

Bajo el marco de esta sentencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias

ocasiones de la exoneración del pago de las cuotas moderadoras y del copago. Verbigracia, la sentencia T-165 de 2009 donde la Corte indicó:

(...)Todas las personas afiliadas al Sistema General de Salud, bien sea a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, tienen el deber de contribuir en la medida de sus posibilidades con el sostenimiento del Sistema, deber que, aunque no es contrario a la Carta Política porque se ajusta al principio fundante de solidaridad, tampoco puede exigirse a rajatabla a quienes no están en condiciones de realizar tales aportes y menos a manera de condicionamiento para la prestación del servicio.

Por lo tanto, la decisión tomada por esta Sala se encuentra en pleno acuerdo con las decisiones que tomó esta corporación frente a la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, y con la aplicación que se le ha dado a la misma por la Corte Constitucional en sede de tutela.

19.- Respecto de los insumos, medicamentos y servicios solicitados por la accionante, es importante precisar que es labor de los jueces de tutela verificar las condiciones jurisprudenciales tendentes a inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud. Dichas condiciones deben ser acreditadas para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados y ordenar el suministro de medicamentos y tratamientos médicos a que diere lugar. En efecto la Sala verificará dichos requisitos, excepto el que concierne a la capacidad económica para costear los insumos o medicamentos solicitados, dado que ya se constató, en el numeral anterior, que el núcleo familiar no cuenta con los suficientes recursos para sufragar los gastos que demanda el estado patológico del menor.

Frente a los pañales

1) Resulta evidente para la Sala que la parálisis cerebral infantil que padece el niño Daniel David Garnica Barreto, no le permite controlar sus esfínteres y por ende no le es dable llevar una vida en condiciones dignas. En consecuencia, la no autorización de los pañales desechables por parte de Sura EPS, amenaza los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del representado.

2) Los pañales desechables no cuentan con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios que los remplace funcionalmente.

3) Especialmente en afecciones de este tipo como la parálisis cerebral y otras enfermedades cerebrovasculares severas, la Corte ha entendido que la necesidad de los pañales es un hecho notorio que no necesita orden médica que la respalde²⁹.

Verificados los requisitos para la inaplicación del Plan de Beneficios la Sala ordenará a Sura EPS en Barranquilla que autorice a la Sra. Dolores Sofía Barreto Mendoza el suministro de los pañales desechables en la cantidad diaria que requiera.

Frente a los suplementos Pediasure, Viternun y Kidditharmaton Jarabe.

1) En el presente caso, no existe prescripción médica, ni alguna otra evidencia que le permita a la Sala inferir que el menor Daniel David Garnica Barreto padece actualmente de desnutrición. Por tal razón se considera que la ausencia de los suplementos alimenticios Pediasure, Viternun y Kidditharmaton Jarabe no ponen en riesgo la Salud del afectado.

Un argumento en contra a esta decisión podría ser que la Corte en otras ocasiones ha ordenado el suministro de suplementos alimenticios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. No obstante, dichos casos se diferencian del caso sub judice, toda vez que en aquellas oportunidades se constató por parte del médico tratante que los pacientes padecían de un estado de desnutrición grave, que afectaba su derecho a la salud y en consecuencia podía poner en riesgo su vida.

Frente al Reflujin suspensión y Plitican gotas

1) El hecho de que el menor Daniel Garnica no pueda alimentarse de manera adecuada, por sufrir de reflujo y/o vómito, hace que los medicamentos que previenen estos efectos, sean indispensables para una adecuada nutrición y desarrollo. Por lo tanto, el no suministro de dichos insumos vulneraría de manera directa su derecho a la vida e integridad física.

2) No existen insumos alternativos al Reflujin suspensión y Plitican Gotas que se encuentren incluidos en el POS y, de ser así, no fue aducido por la entidad accionada en el escrito de contestación o en la impugnación.

3) En cuanto a estos medicamentos encuentra la Sala que, efectivamente, existen fórmulas médicas que las prescriben³⁰.

Verificado el cumplimiento de cada una de las subreglas establecidas para inaplicar el POS, la Sala ordenará a Sura EPS en Barranquilla que autorice a la Sra. Dolores Sofía Barreto Mendoza, en representación de su hijo menor, el Reflujin suspensión y Plitican gotas.

Asistencia domiciliaria de enfermería

1) Advierte la Sala que el estado patológico que sufre actualmente el menor Daniel David Garnica Barreto requiere de un tratamiento constante, que la madre no está en capacidad de realizar. Por ende, la no prestación de un servicio especializado a un sujeto de especial protección constitucional y con derechos que prevalecen sobre los demás, afectan gravemente el derecho fundamental a la vida del menor.

2) Es claro para este Tribunal que no existe un servicio o tratamiento que supla, con el mismo nivel de efectividad, la asistencia domiciliaria de enfermería solicitada por la representante del menor, que actualmente se encuentra excluida del Plan de Beneficios.

El artículo 44 de la Constitución Política dispone que la obligación de asistir y proteger al niño se encuentra en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado. Asimismo, frente a este último existe el deber de garantizar los servicios de seguridad social en su integridad.

La Sala advierte, de acuerdo a las connotaciones patológicas del menor, que actualmente él requiere con urgencia de una ayuda idónea y profesional en enfermería, pues necesita unos cuidados permanentes e indispensables para sobrellevar sus condiciones patológicas, que si bien deben ser asumidos por sus padres, estos no deberían sobrellevar esas cargas excesivas, dado que los escasos recursos económicos que percibe el grupo familiar del menor, les impone a todos sus integrantes la necesidad de trabajar para sobrellevar una vida más digna³¹.

De manera similar esta Corporación en sentencia T-694 de 2009, concedió el servicio de enfermería a una señora de la tercera edad que cotizaba al régimen contributivo del SGSSS y que sufría de unas patologías que no le permitían valerse por si misma, razón por la cual sus hijos estaban sometidos a su cuidado. En esta oportunidad la Corte consideró que Famisanar EPS vulneraba los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante, a pesar de no existir prescripción médica que ordenara su suministro. En esta ocasión la Corte sostuvo:

“Claro está que la familia tiene la obligación económica, moral y afectiva de sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos pero, desde otra perspectiva, es cierto que es indispensable recibir ayuda externa, de variada connotación, empezando por la atención permanente de una persona profesional en enfermería, idónea para aplicar cada uno de los cuidados indispensables en estos casos, aparte de la notoria insuficiencia de recursos propios para solventar todo lo necesitado”.

Con todo, esta Sala ordenará a la entidad accionada, tal y como lo solicitó la accionante³², que le sea prestada la asistencia domiciliaria de enfermería por doce (12) horas diarias. Término que la Sala considera prudente para que la madre del menor desempeñe labores tendentes a aumentar los ingresos de su núcleo familiar y así se les permita llevar una vida en condiciones más dignas.

20- Finalmente la Sala concluye, que los pañales desechables, el Reflujin Suspensión, el Plitican gotas y la asistencia domiciliaria de enfermería son insumos, medicamentos y servicios cuya solicitud cumple con la totalidad de los requisitos establecidos por este Tribunal para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud. Razón por la cual se ordenará a la entidad accionada que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, suministre los pañales desechables, el Reflujin Suspensión, el Plitican gotas y la asistencia domiciliaria de enfermería por el tiempo y las condiciones que para el efecto establezca el médico tratante de Daniel Garnica Barreto.

En consecuencia esta Sala procederá a revocar la decisión proferida por el Juzgado Octavo (8º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, del catorce (14) de octubre de 2012.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Octavo (8º) Penal del Circuito con

Funciones de Conocimiento de Barranquilla, del catorce (14) de octubre de 2011, dentro de la acción de tutela interpuesta por Dolores Sofía Barreto Mendoza en representación de Daniel David Garnica Barreto contra Sura E.P.S.

Segundo.- ORDENAR a Sura E.P.S en Barranquilla, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, suministre a Daniel David Garnica Barreto a través de su representante legal, el Reflujin Suspensión, el Plitican gotas, 150 pañales mensuales, la asistencia domiciliaria de enfermería por doce (12) horas diarias y todo lo demás que al menor Daniel David Garnica Barreto le sea dispuesto por el médico tratante para atender sus connotaciones patológicas, sin que se le exijan cuotas de recuperación ni copagos de ninguna naturaleza u origen.

Tercero.- INSTAR a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, realice las investigaciones pertinentes, en cuanto al término transcurrido entre el fallo de segunda instancia y el momento en que esta Corporación recibió el expediente para su eventual revisión.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 16 del primer cuaderno.

2 Folio 13 del primer cuaderno.

3 Folio 9 del primer cuaderno.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

5 Corte Constitucional. Sentencias T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 1999

8 Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 1999.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 1999.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-899 de 2002.

11 Corte Constitucional. Sentencias T-1219 de 2011 y T-202 de 2008.

12 Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008, T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

13 Corte Constitucional. Sentencias T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-829 de 2006, T-155 de 2006, T-965 de 2007, T-143 de 2009, T-293 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

14 Incluso en aquellos casos en los que la afección a la salud fue causada por la ineficiencia del Estado, y se cuenta con acciones contencioso administrativas para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, la tutela es el medio idóneo para proteger el derecho a la salud de la persona, en especial, cuando se trata de garantizar el acceso al servicio de salud que se requiera con necesidad. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993, en este caso la Corte consideró que “[la] atención médica inmediata a la víctima de un accidente causado en virtud de la objetiva ineficiencia de la administración en la prestación de un servicio público, en la sentencia con la cual se pone término a una acción de

reparación directa, tiene únicamente carácter resarcitorio de los gastos incurridos por ese concepto y es necesariamente posterior a la misma. || Si la condición económica de la víctima y la naturaleza de la lesión sufrida son tales que, sin apoyo externo, no es posible recibir el tratamiento médico o quirúrgico necesario, como ocurre en el presente caso, cabe preguntarse si la pretensión de obtener dicha prestación hace parte del derecho a la salud y debe ser suministrada por la entidad pública cuya acción u omisión que traducen un grado objetivo de ineficiencia fueron causa determinante del accidente.”

15 En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2011. por medio del cual se declaró exequible condicionalmente el artículo 27 de la Ley 1438 de 2011.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-1089 de 2007.

18 Artículo 7 del Decreto 806 de 1998.

19 Corte Constitucional, sentencias T-058 de 2004, T-984 de 2004, T-1022 de 2005, T-086 de 2005, T-314 de 2010, entre otras.

20 Corte Constitucional. Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999, Sentencia T-237/03, T-324-08.

21 Corte Constitucional, Sentencias T-940 de 2004, T-744 de 2004, T-190 de 2004 y T-683 de 2003.

23 Ver folio 24 del primer cuaderno.

24 Ver folio 28 del cuaderno de la Corte Constitucional.

25 Ver folios 28 al 31 del cuaderno de la Corte Constitucional.

26 Ver folios 18, 19 del primer cuaderno y del 37 al 39 del cuaderno de la Corte Constitucional.

27 Ver folios 29, 30 y 31 del cuaderno de la Corte Constitucional.

28 Ver folios 25,26 y 27 del cuaderno de la Corte Constitucional.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-975 de 2008

30 Ver folios 20 y 21 del primer cuaderno.

31 Corte Constitucional, sentencia T-408 de 2011.

32 Ver folio 2 del primer cuaderno.
