

Sentencia T-1047/02

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusiones y limitaciones

DERECHO A LA SALUD-Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Presupuestos a cumplir para considerarlo fundamental

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Capacidad económica del usuario respecto de servicios no cubiertos/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Práctica de examen

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Prueba de la incapacidad económica de los padres

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-646330

Acción de tutela instaurada por María Leticia Carreño Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela iniciada por María Leticia Carreño Díaz en representación de su menor hijo, contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y pretensiones

La señora María Leticia Carreño Díaz actuando en representación de su menor hijo Germán Alberto Salgado Carreño interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, en razón a que el demandado se niega a practicarle a su hijo un examen que requiere con urgencia.

En la demanda de tutela se establecen como hechos relevantes los siguientes:

Su hijo, el menor Germán Alberto Salgado Carreño de nueve (9) años de edad padece parálisis cerebral, y es beneficiario de los servicios de salud de la E.P.S. del I.S.S.. Señala que de acuerdo a los diagnósticos de un médico ortopedista y traumatólogo de la Empresa de Medicina Prepagada Colmena, su hijo requiere de un examen denominado análisis computarizado de la marcha, con el fin de identificar problemas primarios y darle un tratamiento apropiado.

El citado examen no es asumido por Salud Colmena Medicina Prepagada, pues la patología que aqueja al menor es de origen congénito y su afiliación se realizó en el año 2000, por lo que su dolencia configura una preexistencia, así entonces, los exámenes que se requieran para su estudio así como su tratamiento no están cubiertos por el plan contratado con esa entidad.

Posteriormente, en razón a que el menor se encuentra afiliado como beneficiario a la E.P.S del I.S.S, la demandante solicitó a la Gerencia de esa entidad la expedición de una orden autorizando la realización del análisis computarizado de la marcha en el instituto de ortopedia infantil Roosevelt, única institución del país que practica este tipo de análisis. Mediante comunicación escrita, el Gerente de la E.P.S del I.S.S, negó la petición de la demandante, argumentando que el procedimiento solicitado por ella no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Agregó que el I.S.S con su negativa atenta contra la vida en condiciones dignas del menor, pues no le permite el acceso a un tratamiento quirúrgico con el que se busca conseguir un

patrón de marcha funcional que le brinde autonomía y un desempeño normal en su vida diaria.

Solicita en consecuencia se ordene a la E.P.S del Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca que autorice la realización del examen denominado análisis computarizado de marcha en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

Los padres del menor Germán Alberto Salgado Carreño, en declaración rendida ante el Juez de instancia informaron separadamente que: la señora Carreño Díaz recibe un salario de un millón doscientos mil pesos y que el señor Salgado Dussan recibe un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000). Agregó el padre del menor que la orden para la práctica del examen requerido no ha sido convalidada por ningún médico perteneciente a la E.P.S del Seguro Social.

2. Intervención del demandado

El Gerente de la E.P.S del Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, en oficio dirigido al Juez Veintiuno de Familia de Bogotá (Fls. 39-46), solicitó desestimar las pretensiones de la demandante. Consideró que esa entidad en ningún momento vulneró los derechos fundamentales del menor, pues se ha limitado a aplicar la ley y anotó que el laboratorio de marcha (análisis computarizado de la marcha) que reclama la demandante se encuentra excluido del P.O.S., por lo que no existe razón legal para que esa entidad asuma la realización del citado procedimiento.

Agregó que de acuerdo con el Decreto 806 de 1998, parágrafo del artículo 28 “Cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el P.O.S deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por sus servicios una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

Concluyó indicando que el valor del procedimiento reclamado es de cuatrocientos cuarenta mil pesos (\$ 440.000), y que si la demandante desea obtener financiación por parte del Estado, deberá efectuar los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en

Salud de acuerdo a sus posibilidades económicas o acreditar su incapacidad para financiar total o parcialmente el procedimiento.

La Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, en atención a la solicitud que le hiciera el juzgado de instancia, informó que en efecto, el examen denominado análisis computarizado de la marcha no se encuentra incluido en el P.O.S., por lo que se debe dar aplicación al parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998. Indicó que en el presente caso la demandante cuenta con un contrato de medicina prepagada, para lo cual se requiere capacidad de pago.

3. Pruebas relevantes allegadas al expediente

- A folio 15, registro de nacimiento del menor Germán Alberto Salgado Carreño.

- * A folios 16 y 17, formatos de autoliquidación mensual de aportes al I.S.S..

- * A folio 18, resumen de la historia clínica del menor Germán Alberto Salgado Carreño.

- * A folios 19 y 20, petición elevada por la demandante ante el I.S.S solicitando la práctica del estudio denominado laboratorio de marcha.

- * A folio 21, respuesta del demandado a la anterior petición.

- * A folios 22 y 23, concepto de rehabilitación de la Asociación Colombiana Pro Niño Con Parálisis Cerebral acerca del menor Salgado Carreño.

* A folio 36, certificación laboral de la señora María Leticia Carreño Díaz que indica que recibe una asignación mensual de dos millones ciento ocho mil seiscientos un pesos (\$ 2.108.601).

* A folio 38, certificación laboral del señor Ernesto Mario Salgado Dussán, padre del menor, suscrita por la Armada Nacional en la que informa que laboraba mediante una orden de prestación de servicios del 15 de mayo al 15 de agosto de 2002, y que el monto de su contrato era de cuatro millones quinientos mil pesos (\$ 4.500.000).

* A folio 50, informe presentado por el médico tratante del menor Salgado Carreño en el que le explica al Juez de instancia la situación médica del menor e informa que el análisis computarizado de la marcha sólo se realiza en Colombia en el Instituto Roosevelt y no existe otro examen que lo pueda reemplazar.

I. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, en sentencia de agosto 6 de 2002, negó el amparo solicitado por la demandante. Consideró que en el presente caso no se cumplen dos de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la tutela; indicó que de acuerdo a las certificaciones laborales allegadas por los padres del menor se deduce que ellos pueden asumir el valor del examen solicitado, sin menoscabar la subsistencia familiar. Agregó que el examen denominado análisis computarizado de la marcha fue ordenado por un médico adscrito a la Empresa de Medicina Prepagada Colmena y no por un profesional perteneciente a la entidad aquí demandada.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Exclusión de tratamientos del Plan Obligatorio de Salud y requisitos para que su suministro sea ordenado por vía de tutela, de acuerdo con la normatividad existente y la jurisprudencia de esta Corporación.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del P.O.S. establece los servicios de salud que deben prestar las empresas promotoras de salud a las personas que estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo¹. Sin embargo, el Plan Obligatorio de Salud consagra la existencia de exclusiones y limitaciones, que en general serán todas “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de este modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales...”. Así, antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional²:

“Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento

requerido, y que 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.”³

Ante estas circunstancias, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes. (SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001 entre otras).

3. Caso que se revisa.

Por los hechos que se derivan del presente expediente, esta Sala considera que la pretensión de la accionante no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

* De acuerdo con lo expuesto en la sentencia de unificación SU-819 de 1999, para que el Estado asuma y subsidie el costo de un tratamiento a través de las entidades prestadoras de los servicios de salud, o bien autorice el servicio con cargo al Fosyga, es necesario acreditar entre otras razones que ya se mencionaron, que el usuario carece de recursos o no tiene capacidad de pago para sufragar los costos del tratamiento o de la prueba médica requerida para recuperar o preservar la salud. Así lo puntualizó el fallo relacionado:

*

“i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

“De otra parte, la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la

remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. Es que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud.

“Finalmente, no sobra reiterar que conforme a la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.”⁴

- Así pues, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, no toda omisión de un particular encargado de la prestación del servicio público de salud lleva consigo la procedencia de la acción de tutela. Corresponde al juez de tutela examinar el caso concreto, para determinar si se dan las circunstancias que ameritan acceder a lo pedido.

- Para esta Sala, basta con revisar los folios 36 y 38 del expediente para concluir que los padres del menor Salgado Carreño están en capacidad económica de asumir el costo del tratamiento que reclaman por esta vía, pues sus ingresos mensuales al momento de la formulación de la acción ascendían a tres millones seiscientos mil pesos (\$ 3.600.000), aproximadamente, y el examen denominado análisis computarizado de la marcha tiene un valor de cuatrocientos cuarenta mil pesos (\$ 440.000) (Fls. 41,45), suma que si bien es cierto no es ínfima, representa apenas algo más del 10% de los ingresos mensuales de los padres del menor.

Así entonces, siendo consistentes con la jurisprudencia vigente sobre este punto, se concluye que no basta que el demandante afirme que se halla en incapacidad de cubrir el valor del tratamiento o medicamento excluido del P.O.S; se exige que esa afirmación no esté desvirtuada por pruebas idóneas, más aún en casos como el presente, en el que los salarios de los padres del menor distan mucho del salario mínimo legal, y el valor del examen no supone una carga excesiva en relación con sus ingresos.

4. Jurisprudencia que se reitera.

En casos que constituyen precedentes de esta decisión, la Corte ha tomado la misma línea de argumentación sosteniendo que con miras a mantener la estabilidad financiera de la

organización, los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a que las administradoras les practiquen los procedimientos y les suministren los medicamentos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, pues éstos, y no otros, son los servicios que el Sistema se obligó a prestar. Además, el afiliado, al ingresar a éste asume el compromiso de financiar, con sus propios recursos, los servicios no incluidos; obligación que permanece hasta tanto se establezca su incapacidad de hacerlo: -Artículo 28 del Decreto 806 de 1998-.

La manera como se ha estructurado financieramente el régimen contributivo, determina que el Sistema tiene dos obligaciones de diversa fuente frente a la prestación de los servicios médicos a sus afiliados: de una parte, por intermedio de las administradoras, deberá cumplir con los procedimientos y tratamientos previstos en el P.O.S, sin ningún condicionamiento, y de otra, cuando los cotizantes carezcan ciertamente de capacidad económica para atender la prestación de servicios indispensables, no incluidos en el Plan, siempre que resulte posible valorar la oferta de pago de aquellos, deberá subvencionar dicha prestación o asumirla íntegramente, por intermedio de instituciones públicas o de las privadas contratadas para el efecto.

Lo anterior por cuanto la exclusión del Plan Obligatorio de Salud de un medicamento indispensable para que un menor logre su desarrollo normal, no puede ser óbice para que le sea suministrado, pero la obligación recae en primer lugar en los padres quienes, sólo si se encuentran imposibilitados para darle cumplimiento, pueden trasladarla total o parcialmente al Sistema.⁵

Por ello, en sentencia T-421 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis, en un caso similar al estudiado, la Corte sostuvo:

“El accionante se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, por intermedio de la accionada y su menor hija, Silvia Juliana, tiene la calidad de beneficiaria, según lo admite la entidad accionada (folio 38). No obstante, durante las instancias surtidas el mismo no demostró su incapacidad de suministrar el medicamento, como puede observarse en esta misma providencia, en el aparte que reseña los antecedentes.

“Además, en trámite de revisión el padre y la madre de la menor no aportaron la información requerida para establecer su situación económica actual, a fin de ordenar que el suministro

del medicamento sea asumido por el Sistema y que el mismo pueda determinar la cuota que a los primeros les corresponde, eventualmente, asumir.

“Lo anterior porque el padre de la menor remitió fotocopia de la su declaración de renta correspondiente a 1999, conforme con la cual sus ingresos coincidirían con sus gastos - afirma que estos ascienden a la suma de \$2´000.000.00 mensuales-, mientras su empleador reporta a la E.P.S., para efectos de su cotización al Sistema, que el actor tiene un “ingreso base” de solo doscientos treinta y siete mil pesos (\$237.000.00), información que no ha tenido variación desde 1998.

“Ahora bien, no se puede negar que el costo de la medicina que requiere Silvia Juliana es elevado para cualquier patrimonio (\$46.500 pesos diarios -folio 126-), y que el suministro de la misma resulta indispensable para que la menor logre un desarrollo que le permite vivir con dignidad -como quedó explicado-, pero esta necesidad no es el único requisito que debe cumplir quien pretende acudir al Sistema en demanda de un tratamiento no incluido en el P.O.S., porque esta eventualidad se reserva para quienes, además, no tengan “capacidad de pago”, y se ordena de conformidad con la “capacidad de oferta” de los primeramente obligados, de tal suerte que se les pueda asignar a los mismos “una cuota de recuperación” -Art. 28 Decreto 806 de 1998- .

También la sentencia T-548 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería, con los mismos alcances, expresó:

“De otro lado, la actora solicita un examen que conforme a la información suministrada a la Corte por la E.P.S. COMPENSAR tiene un costo de \$ 122.000 pesos.

“Ahora bien, de acuerdo con el acervo probatorio la peticionaria es una persona que recibe unos ingresos base de cotización de \$ 1.098.000.00 mensuales (fl.9), razonablemente suficientes para cubrir el costo económico de ese examen, que por lo demás, sólo se debe practicar una vez. No se registra además dentro del cubrimiento de su afiliación al régimen contributivo ningún otro beneficiario distinto a su hija que pudiera incrementar las erogaciones. Por ende, se trata de un examen que para la actora no resulta difícil de sufragar.

“Para la Corte no se cumple entonces el requisito, según el cual, la actora no cuenta con los

recursos económicos necesarios para cubrir el examen o el tratamiento que se encuentra por fuera del P.O.S., por lo cual la tutela no es procedente.”

Adicionalmente, el examen solicitado por la demandante fue ordenado por un médico adscrito a una entidad diferente de la aquí demandada, el Dr. Camilo Turriago, médico ortopedista vinculado a Salud Colmena Medicina Prepagada, y esta orden nunca fue convalidada por un médico adscrito a la E.P.S del I.S.S., de acuerdo con el texto de la demanda y la declaración rendida por el padre del menor, quien afirmó que con la orden de Salud Colmena elevaron una petición⁶ a la Gerencia del I.S.S. solicitando el tratamiento. Sobre este requisito en particular la Corte ha dicho lo siguiente:

“Para que prospere la acción de tutela contra alguna EPS que niega el suministro de medicamentos con el argumento de que no está incluido en el P.O.S., ha reiterado esta Corporación que el tratamiento o el medicamento debe estar determinado por el médico tratante. En consecuencia, como lo señalaron inicialmente las sentencias SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, y recientemente por la T-749 de 2001, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la E.P.S. accionada. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la E.P.S., debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.” ⁷

Por lo anterior, la E.P.S del Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital actuó en forma legítima al negar al menor Germán Alberto Salgado Carreño la práctica del examen denominado análisis computarizado de la marcha.

I. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia de agosto 6 de 2002, proferida por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, que negó la tutela solicitada por María Leticia Carreño Díaz en representación de su menor hijo Germán Alberto Salgado Carreño contra el Instituto de

Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital.

Segundo. 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.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En relación con este tema, puede consultarse la sentencia T-1120 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

2 Ver entre otras, sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

3 Sentencia T-300/01.

4 Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

5 Cfr. Sentencia SU-819/99

6 Folios 19 y 20 del expediente

7 Sentencia T-256 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería