

Sentencia T-1199/05

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Cualquier persona está legitimada para interponer acción de amparo a favor de un menor

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos de acceso de hijos de beneficiarios

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No puede condicionarse la atención integral en salud a la vinculación directa o indirecta al grupo familiar

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Nietos no están incluidos dentro de la cobertura familiar

CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Debe ser cumplida por el Estado Colombiano

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial

MENOR RECIEN NACIDO-Es sujeto de especial protección

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención integral a los niños

ENTIDAD DE SALUD-Tiene el deber de atender al recién nacido, y luego pueden repetir contra el Fosyga

DERECHO A LA SALUD-Abuela solicita la protección de su nieto recién nacido, pues, su hija es menor de edad

Referencia: expediente T-1158684

Accionante: Ana Paulina Guevara Morantes en representación del menor Cristian Parra Garzón.

Demandado: Compensar E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal Bogotá, en primera instancia, y por el Juzgado Quince Civil del Circuito de la misma ciudad, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Paulina Guevara en representación de su nieto, Cristian Parra Garzón en contra de Compensar EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

1.1 La señora Ana Paulina Guevara Morantes es madre de dos hijas menores de edad de 9 y 15 años, quienes dependen económicamente de ella y están afiliadas al régimen contributivo de salud -Compensar EPS- como parte de su grupo familiar, en su condición cotizante como empleada del Consorcio Parquaderos Bogotá donde devenga un salario mínimo mensual¹.

1.2 El 22 de marzo de 2005, la mayor de las hijas de la señora Ana Paulina Guevara dio a luz un niño, Cristian Camilo Parra Garzón, quien fue afiliado por aquélla a Compensar EPS como beneficiario adicional del régimen contributivo de salud, según consta en el recibo No. 08505136 y el Formulario de Adición de Beneficiarios a la EPS fechado el 29 de marzo de 2005².

1.3 De acuerdo con el informe suscrito por un médico adscrito al servicio de obstetricia del Hospital Universitario Clínica San Rafael -Epicrisis- del 22 de marzo de 2005, se dejó consignado: “paciente con embarazo de 34 semanas e hipertensión iducad (sic) por el embarazo se hospitaliza, se solicitan paraclínicos positivos para hellp, se induce trabajo de parto en postparto evoluciona satisfactoriamente, se continúa manejo con sulfato de

magnesio y por trombocitopennia se inicia rescate con dexametasona, la paciente evoluciona satisfactoriamente por lo cual se da salida.”³

1.4 Por su parte, en informe -Epicrisis- del 29 de marzo de 2005 se expresó por el médico: “Diagnósticos Ingreso: 1. Recién nacido a término Z370. 2. Peso bajo edad gestacional P051. 3. Riesgo hipoglicemia. Diagnósticos de egreso: 1. Recién nacido a término Z370. 2. Peso bajo edad gestacional P051. 3. Riesgo hipoglicemia. 4. Intolerancia a vía oral P761. 5 Ictericia multifactorial P599.”⁴

1.5 A partir del mes de abril de 2005, la abuela del menor no cancela la cuota mensual que corresponde u una UPC adicional -\$84.100 pesos-.

1. Fundamentos de la demanda y solicitud.

La accionante, quien actúa en representación de su nieto, manifiesta que la imposibilidad de que éste acceda a los servicios de salud en el régimen contributivo como beneficiario adicional de su grupo familiar, a causa de la incapacidad suya para seguir cubriendo la cuota mensual -UPC adicional-, vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social del menor, al tiempo que se desconoce la prevalencia de los derechos de los niños.

Sobre el tema observa que de ella dependen sus hijas y su nieto -todos menores de edad- y que su ingreso mensual no le permite cancelar la suma de \$84.000 pesos mensuales por concepto de la UPC adicional necesaria para que el menor pueda tener acceso a los servicios de salud. En consecuencia, solicita al juez de tutela que, aún a falta del pago de la UPC adicional, se ordene a Compensar EPS reconocer al menor como beneficiario adicional de su grupo familiar y se le preste toda la atención médica necesaria, la cual resulta urgente porque se le ha advertido que el niño debe continuar en el plan “madre canguro” a fin de superar las dificultades por ser un niño “pretérmino y/o bajo peso al nacer”.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1 Respuesta de Compensar EPS

La apoderada de la entidad accionada se opuso a las pretensiones de la accionante indicando

que frente al no pago de la UPC adicional –Decreto 806 de 1998 artículo 40- no existe ninguna obligación legal a cargo de la entidad para prestar al menor la atención médica y, por ello, la afiliación se encuentra suspendida.

Explicó que no puede pretenderse que “dentro de un grupo familiar se incluyan a todos los integrantes de una misma familia con núcleos familiares creados de manera independiente con cargo a una misma cotización al sistema de salud –como al que pertenece el recién nacido en este caso conformado por un padre y una madre, la menor CAMILA ANDREA GARZON GUEVARA-, recordemos que el sistema de salud en este caso está reconociendo por el valor de una única cotización que le ingresa – la de la señora GUEVARA MORANTES- una UPC o una suma dineraria individual para la atención mensual del cotizante y cada uno de los beneficiarios directos” entre los cuales no están los nietos, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 806 de 1998.

Del mismo modo, llamó la atención en que el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 047 de 2000, dispuso en relación con los afiliados adicionales o cotizantes dependientes definidos en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 que “cuando el afiliado cotizante incluya a un afiliado adicional e incurra en mora superior a treinta (30) días, el afiliado adicional será desafilado. Para este efecto, se entiende que la representación del afiliado adicional está en cabeza del afiliado cotizante. Por ser la afiliación adicional inseparable de la afiliación del cotizante principal, el pago que se realice frente al afiliado adicional no tendrá valor si el afiliado cotizante no se encuentra al día con sus obligaciones.”

Por su parte, el numeral 11 del artículo referido dispuso que “la inclusión en el núcleo familiar de otros miembros adicionales dependientes, sólo procederá si el afiliado cotizante garantiza la afiliación de estos por un período mínimo de dos años. Para tal efecto deberá convenir con la EPS el mecanismo de garantía correspondiente, que podrá consistir en la suscripción de un título valor o el compromiso de permanencia. La pérdida de la condición de trabajador cotizante deriva en la desafilación del afiliado adicional.”

Añade a estas consideraciones que mientras la cotización estuvo al día, nunca se le negó al menor la atención médica necesaria.

2.2 Respuesta del Ministerio de Protección Social –Fosyga-

La señora Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social, entidad vinculada al trámite de la tutela por disposición del juez de primera instancia, solicitó que se exonere a la entidad que representa “de los cargos que se endilgan en la presente acción de tutela”.

Como fundamento de la solicitud, el escrito presentado hace una breve explicación de las modalidades como se puede acceder al sistema general de seguridad social en salud.

III. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

3.1. Primera instancia

Mediante Sentencia del once (11) de mayo de 2005, el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal Bogotá negó la protección de los derechos fundamentales invocados, por considerar que la atención del menor en este caso concreto y dada la insuficiencia de recursos de la abuela, debe hacerse a través del régimen subsidiado de salud. Por esta razón, la señora juez dispuso que la abuela del menor debe acudir a una “Institución Prestadora de Servicios de Salud IPS pública o privada que tenga contrato con el Estado, para la prestación de los servicios de salud que requiera el menor Cristian Parra Garzón, en un principio como vinculado mientras realiza las diligencias tendientes a lograr su afiliación a este régimen.”

3.2. Impugnación

En el escrito de impugnación, la abuela del menor en cuyo favor se pretende la protección de los derechos fundamentales invocados, aclaró que antes del nacimiento de éste se intentó realizar su afiliación al SISBEN, la cual fue imposible a causa de la “tramitomanía” exigida.

En consecuencia, reiteró la solicitud encaminada a que se ordenara la atención del menor por cuenta de la EPS responsable de su grupo familiar.

1. Segunda instancia

Mediante Sentencia del quince (15) de junio de 2005, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, confirmó la sentencia impugnada por considerar que la afiliación del menor Cristian Parra al régimen contributivo no puede hacerse de manera “automática” por no estar dentro de la cobertura familiar prevista en el artículo 34 del Decreto 806 de 1998 y, en

consecuencia, la incapacidad económica para continuar cancelando la UPC adicional que permite la vinculación del menor en este régimen, exime a la EPS accionada del deber de prestar el servicio de salud.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Se plantea a la Sala que resuelva si la EPS accionada incurre en la vulneración de los derechos fundamentales de un recién nacido hijo de una menor de edad beneficiaria del régimen contributivo, por haber decidido negarle a partir del segundo mes la atención en salud que éste requiere para superar las dolencias asociadas a su nacimiento en forma prematura, fundando su determinación en la mora en el pago de la UPC adicional que permitió en un principio la atención del neonato como afiliado en el grupo familiar de su abuela cotizante.

Para resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario establecer i) las obligaciones de las entidades prestadoras, promotoras y administradoras del régimen de salud para con los recién nacidos, ii) los parámetros jurisprudenciales expresados en relación con la atención médica de los mismos y, iii), si resulta fundada la omisión en la prestación del servicio de una franja de la población respecto de la cual la Constitución ha previsto específicas y reforzadas garantías en materia de seguridad social.

En forma previa a la solución del problema jurídico se hace necesario precisar las razones que respaldan la legitimación de la abuela para promover la acción de tutela en representación de su nieto.

3. Cuestión previa. Representación judicial de los nietos.

En el supuesto bajo examen se observa que la señora Ana Paulina Guevara Morantes ejerce la representación judicial de su nieto y dada esta circunstancia resulta preciso recordar que en ningún caso podría argüirse o plantearse la falta de legitimidad para actuar en procura de la protección de los derechos fundamentales de éste.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, a partir de la interpretación del artículo 44 de la Constitución Política y en particular de lo expresado en el sentido que “[T]oda persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, ha tenido oportunidad de advertir que la protección judicial de los derechos fundamentales de los niños a través de la acción de tutela puede darse por la iniciativa de cualquier persona - natural o jurídica⁵.

Sobre este particular, esta Sala de revisión expresó: “Cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.” ⁶ (subraya fuera de texto)

En este caso concreto la ausencia de los representantes legales del menor se explica en que el padre de éste no se ha hecho responsable de ninguna de sus necesidades -lo cual no la justifica- y la madre es una adolescente que se encontraba en un precario estado de salud y que a su vez depende por entero de su madre, circunstancias que con suficiencia justifican el proceder de la abuela, al tiempo que descartan por completo que estemos frente a una intervención ilegítima o inconsulta, única circunstancia que permitiría llegar a una conclusión contraria sobre este particular.

4. Regulación legal sobre el acceso a la seguridad social en salud en el régimen contributivo. Armonización de las condiciones de acceso con los deberes superiores respecto de los recién nacidos hijos de las beneficiarias.

- La Corte ha reconocido que si bien el Estado está en el deber de garantizar a todas las personas el derecho fundamental a la seguridad social en salud, ello no obsta para que el acceso al sistema esté sujeto al cumplimiento de específicos requisitos en cada uno de los regímenes, los cuales toman en consideración las circunstancias concretas de cada individuo. En lo que toca con el régimen contributivo, las normas que regulan la materia se ocupan de establecer las condiciones de acceso del cotizante, al tiempo que definen la composición del

grupo familiar que, como beneficiario directo de aquél, tiene acceso a los servicios de salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación que cancela. El artículo 34 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con lo expresado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, se ocupa de establecer la composición de dicho grupo familiar en los términos siguientes:

ARTICULO 34. COBERTURA FAMILIAR. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

- a) El cónyuge;
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;
- c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;
- e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;
- f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;
- g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

PARAGRAFO. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.

Sumado a lo anterior, las normas sobre la materia establecen provisiones a fin de otorgar al cotizante la posibilidad de ampliar su grupo familiar y hacer extensiva la vinculación al régimen contributivo a personas que a pesar de no estar señalados como integrantes de aquél, dependan económicamente del cotizante y tengan menos de 12 años, o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad; quienes a condición del

cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, en particular el relativo al pago de una UPC adicional, pueden acceder a los servicios como “otros miembros dependientes”:

ARTICULO 40. OTROS MIEMBROS DEPENDIENTES. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

PARAGRAFO. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades.

En estas circunstancias, no cabe duda que los nietos del afiliado cotizante no están incluidos entre los beneficiarios directos de éste -en su grupo familiar-, y su acceso a los servicios de salud en el régimen contributivo, en consecuencia, está condicionado al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 40 atrás transcrito, los cuales aluden básicamente al pago de una unidad de pago por capitación adicional.

- Sin perjuicio de esta regulación, tratándose de niños y, en particular, menores de un año, la aplicación de las normas referidas en casos específicos debe armonizarse con las regulaciones normativas de carácter superior que exigen dar plenas garantías a los niños para la satisfacción de sus necesidades básicas, deber reconocido en la propia Constitución Política, así como en diferentes instrumentos internacionales que obligan a Colombia.

En relación con el punto cabe llamar la atención sobre la obligación adquirida por Colombia en relación con el tema en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada 20 de noviembre de 1989 y ratificada por la Ley 12 de 1991:

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo." (Subraya fuera de texto)

La exigente obligación adquirida con la suscripción del instrumento internacional transcrito se recogió en el propio texto de la Constitución Política de 1991 así: i) El artículo 44 se ocupó de hacer una enunciación de los derechos fundamentales de los niños –sin perjuicio de los demás previstos “en la Constitución, en la leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”-, ii) en la misma norma se estableció el carácter prevalente de dichos derechos fundamentales sobre los derechos de los demás y, iii) en el artículo 50 superior se dispuso en forma expresa que “todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La Ley reglamentará la materia.”

- Sobre este particular, cabe añadir que la garantía prevista en favor del menor se debe entender reforzada cuando además de su debilidad manifiesta, se verifica también la de su madre quien por ser una adolescente que no cuenta con el apoyo del padre para el cuidado de su hijo, debe serle prestada una especial protección por el Estado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 de la Constitución Política.

5. La atención médica del recién nacido. Parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional.

- La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha tenido oportunidad de fijar algunas directrices en lo que toca con el derecho fundamental a la atención médico asistencial de la población recién nacida y menor de un año, las cuales resulta pertinente reiterar a fin de resolver el supuesto concreto que ahora se plantea. Estas conclusiones se han dejado expresas, entre otras, en las Sentencias T-953 de 2003 y T-950 de 2005.

Así, pues, se ha señalado de manera enfática que la atención integral en salud del recién nacido por cuenta de las instituciones que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud (EPS, ARS e IPS) no puede condicionarse al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste a determinado grupo familiar. Al respecto, se afirmó que “el Sistema de Seguridad Social ampara la salud integral de todos los niños, durante el primer año de vida, desde su concepción, y no únicamente la de aquéllos que pertenecen a un determinado grupo familiar o cuentan con el apoyo de alguno”⁷. Esta afirmación no comporta sin embargo la posibilidad de desconocer las condiciones de acceso a cada uno de los regímenes en particular.

En el caso de las madres vinculadas al régimen contributivo como beneficiarias, la jurisprudencia ha interpretado que las EPS tienen un deber de acompañamiento a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer. Si por cualquier motivo dicho deber no pudiera concretarse con la asignación de una entidad que asuma la prestación del servicio de salud, dada la vulnerabilidad e indefensión del neonato se ha establecido que la misma quedará a cargo de la EPS del afiliado cotizante, con la precisión consignada en la jurisprudencia según la cual, “[L]o expuesto sin perjuicio, claro está, de que el régimen de afiliación cuente para determinar si la EPS asume los costos, con cargo a la unidad de pago por capitación -dada la pertenencia del recién nacido al grupo del cotizante, en los términos del artículo 34 del Decreto 806 de 1998-, o si la prestadora tiene derecho a revertir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías en Salud.”⁸

Dicho deber de acompañamiento de las entidades de seguridad social en salud a fin de instruir e inducir a las madres beneficiarias del régimen contributivo para que determinen la entidad que debe asumir la atención del hijo en forma previa al nacimiento, tiene respaldo en que la gestión de la entidad sólo puede entenderse agotada cuando velan por la atención integral de sus afiliados, no obstante que no les corresponda adelantar directamente específicos procedimientos.⁹ En relación con este punto se expresó:

“Dentro de este contexto, cabe recordar que los artículos 3° y 1°, de los Acuerdos 008 de 1994 y 072 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social, respectivamente, acogen las acciones de promoción y educación dirigidas al individuo y su familia, desarrolladas por la Resolución 03997 de 1996, entre estas la consejería individual, familiar, social y laboral de la gestante.

El artículo 5° de la Resolución 412 de 2000, expedida por el Ministerio de Salud, en desarrollo del Acuerdo 117 de 1997, por su parte, prevé acciones de “demanda inducida”, a cargo de las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras del Régimen Subsidiado, que “garanticen” a la población afiliada, de acuerdo con las condiciones de edad, género y salud, el acceso a las actividades procedimientos e intervenciones de protección específica y detección temprana, así como la atención de enfermedades de interés en salud pública, por ello la Norma Técnica Para la Atención al Recién nacido, que hace parte de la misma

Resolución relaciona la inscripción del infante en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre las acciones específicas de información y educación a la madre.

De manera que las Entidades Prestadores de Salud, al igual que las Administradoras del Régimen subsidiado, están en la obligación de adelantar estrategias con miras a inducir la inscripción del pequeño por nacer, a fin de garantizarle al pequeño una atención oportuna, en especial cuando las condiciones de sus progenitores permiten suponer que al nacer el pequeño no contará con la asistencia adecuada, porque la atención en salud de los recién nacidos hijos de sus afiliadas, es asunto de su incumbencia.

Obligación ésta de inducción y apoyo de particular significación cuando la gestante es una adolescente, quien, además de la vulnerabilidad propia de su estado y de su edad, está asumiendo su responsabilidad sin apoyo.”¹⁰

Del mismo modo, resulta necesario indicar que tratándose de recién nacidos y de las patologías a las que están propensos dada la fragilidad de su salud, las EPS que tienen a cargo la atención de las madres beneficiarias del régimen, están en la obligación de garantizar también la del menor con posterioridad al alumbramiento, cuando se verifique que a falta de la misma se genera un riesgo o amenaza inminente de los derechos fundamentales del neonato. Esta consideración se funda en la necesidad de salvaguardar el derecho a la continuidad en la prestación del servicio y de hacer efectiva la protección constitucional prevalente de los niños.

No obstante, cabe precisar que la asignación de esta obligación en cabeza de la EPS, no releva a la familia del menor de continuar con las gestiones tendientes a definir la entidad que habrá de asumir en forma definitiva la prestación del servicio -pues el deber de solidaridad vincula a todos los integrantes de la sociedad-, como tampoco representa menoscabo alguno a la posibilidad de que la entidad persiga el cobro de los servicios prestados que no estuvieran a su cargo, ante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Sobre este particular bien cabe tomar en cuenta lo manifestado por la jurisprudencia de esta Corporación así:

“Entonces, aún allí donde se ha permitido la participación de personas privadas en este cometido estatal, se conserva la titularidad del Estado para garantizar el cumplimiento de sus fines y se convierte a estos particulares en verdaderos obligados frente al cumplimiento

de disposiciones constitucionales y legales en este sentido.

Así mismo, ha precisado que las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del precitado servicio son constitucionales en la medida en que garantizan la prestación eficiente del mismo, pero éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea seriamente comprometido. Entonces, bajo estas consideraciones, pese al insistente llamado que esta Corporación ha hecho a las entidades promotoras de salud sobre esta situación, se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el deber de eficiencia y continuidad en la prestación del servicio de salud por parte de los entes autorizados por el Estado. Para esta Corporación, la suspensión de los servicios de salud, así tenga origen en una disposición legal, resulta desproporcionada e injusta, y más, como se indicó, cuando estaba involucrada la vida de un menor.”¹¹ (Subraya y destacado fuera de texto)

6. El caso concreto.

En el caso sometido a examen la Sala observa que la EPS accionada ha desconocido la garantía constitucional de atención médica integral del recién nacido así como el derecho a la continuidad en el servicios, incurriendo, en consecuencia, en la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de aquél.

En efecto, no obra prueba alguna en el expediente de la cual se pueda inferir que Compensar EPS cumplió con el deber de instruir y orientar a la madre del menor en cuyo favor se solicita el amparo constitucional, para lograr la asignación de la entidad que habría de hacerse cargo de la atención médica de éste a partir de su nacimiento. Frente a esta situación de comprensible desorientación de la madre y de la abuela -quien además asegura haber hecho todo lo posible para que el menor quedara cubierto por el régimen subsidiado al momento de su nacimiento- la única medida que además se presenta como desesperada fue la de afiliarlo como dependiente adicional, lo cual sólo pudieron hacer por el primer mes, ya que inmediatamente después incurrieron en mora por la incapacidad para seguir cancelando la cuota respectiva.

En relación con las causa de la mora se observa que la abuela del menor ha aportado prueba suficiente sobre sus ingresos, los cuales ascienden a un salario mínimo mensual, con lo cual debe atender las necesidades de sus dos hijas menores y ahora también de su nieto, con

quienes habita en vivienda arrendada. En estas circunstancias, para la Sala resulta fundada la afirmación según la cual la abuela no tiene la capacidad económica para continuar cancelando la UPC adicional mensual, la cual asciende a una suma superior a 80.000 pesos, esto es, una tercera parte de su salario neto mensual, con lo cual se descarta que se esté haciendo uso de este mecanismo con el fin de evadir dicho pago.

En estas condiciones, es claro que la suspensión de la atención médica del menor a partir del momento en el que se dejó de cancelar la UPC adicional, no obstante podría considerarse fundada en el régimen legal, ha puesto en grave riesgo la salud y la vida del bebe, quien de acuerdo con la prueba allegada está tratando de superar las dolencias asociadas a su alumbramiento prematuro, para lo cual requiere de atención médica permanente. De manera que frente a un situación de apremio como la descrita, ninguna consideración puede oponer la entidad accionada para justificar la ruptura en la continuidad del servicio y eludir el deber de prestarle al menor -quien actualmente debe haber cumplido su octavo mes- la atención médica integral necesaria para superar sus padecimientos y evitar los que se diagnosticaron como probables de no ser tratado en forma oportuna -riesgo de hipoglicemia-

En consecuencia, se ordenará a Compensar EPS que a partir del momento en que se le notifique el fallo presente, asuma la atención médico, asistencial, farmacéutica y hospitalaria del menor Cristian Camilo Parra Garzón, para así tratar sus padecimientos, si aún lo requiere. Lo anterior hasta tanto se garantice su vinculación al sistema de seguridad social en salud en la modalidad pertinente, quedando a salvo a la entidad la posibilidad de repetir por los costos en que incurra y no le corresponda asumir.

Para tales efectos, dada la incapacidad de la abuela cotizante para seguir cancelando la UPC adicional que permitiría la atención del menor en el régimen contributivo, la Sala ordenará que con el concurso de la EPS y de la familia, se lleven a cabo las gestiones pertinentes a fin de vincularlo al régimen pertinente, lo cual deberá materializarse en un término no superior a dos meses contados a partir de la notificación del fallo, plazo en el cual podrán, de ser necesario, acudir al juez de tutela a fin de exigir por esta vía que se materialice dicha vinculación, en caso de que las autoridades a cargo la dilaten o demoren injustificadamente.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la Sentencia proferida el 15 de junio de 2005 por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó la expedida el 11 de mayo de 2005 por el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de la misma ciudad que negó la tutela en el asunto de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social del menor Cristian Camilo Parra Garzón.

En consecuencia, ORDENAR a Compensar EPS que a partir del momento en que se le notifique el fallo presente, asuma la atención médico, asistencial, farmacéutica y hospitalaria del menor Cristian Camilo Parra Garzón, para así tratar sus padecimientos, si aún lo requiere, quedando a salvo a la entidad la posibilidad de repetir por los costos en que incurra y no le corresponda asumir.

Tercero.- PREVENIR a Compensar EPS para que instruya y acompañe a las madres gestantes afiliadas como beneficiarias, para que adelanten las diligencias pertinentes a fin de obtener la asignación de la entidad prestadora o administradora que asumirá su atención integral en salud del hijo que está por nacer.

Cuarto.- EXHORTAR, nuevamente, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para que reglamente la prestación de la atención integral en salud de los recién nacidos hijos de los beneficiarios del régimen, y disponga lo necesario para garantizar la asistencia médica de los neonatos.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente de la Sala

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Desprendibles de pago obrantes en los Folios 1 y 2

2 Folio 8 y 9

3 Folio 15

4 Folio 12

5 Cfr. Sentencias T-143 de 1999, T-408 de 1995 y T-407 de 2002

6 Sentencia T-727 de 2004

7 Sentencia T-953 de 2003

8 Ibidem

9 Cfr. Sentencias T-134 y T-544 de 2002

El artículo 1° del Acuerdo 72 de 1997, que define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, incluye como atención básica de primer nivel las acciones de promoción y educación dirigidas al individuo y su familia las que fueron desarrolladas por la Resolución 03997 de 1996.

10 T-953 de 2003

11 Sentencia T-935 de 2002