

Sentencia T-1254/05

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos excluidos del POS/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Autorización por EPS de la segunda fase del tratamiento odontopediátrico

Referencia: expediente T-1178649

Acción de tutela instaurada por Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria en nombre y representación de su menor hija Elizabeth Cardona Saldarriaga contra SUSALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Octavo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito, ambos de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria en nombre y representación de su menor hija, Elizabeth Cardona Saldarriaga, contra SUSALUD E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 31 de mayo de 2005, la señora Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria instauró acción de tutela en nombre y representación de su menor hija, Elizabeth Cardona Saldarriaga, contra SUSALUD E.P.S., al estimar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana y seguridad social de la niña, por la negativa de dicha entidad en autorizarle el tratamiento

odontológico especializado, completo, que le fuera ordenado por su odontólogo tratante, aduciendo que no está cubierto por el P.O.S.

La madre de la menor señala que la niña es beneficiaria de SUSALUD E.P.S. Que el 27 de febrero de 2004 fue atendida en Denta Plan, Plan Odontológico Complementario; que la odontóloga pediatra es la doctora Olga Duque Echeverri, quien la ha tratado desde entonces y le recomendó para la segunda fase del tratamiento una “mentonera” que vale doscientos sesenta mil pesos (\$260.000.00.) en total, pero que ella no está en condiciones de pagarla, pues en su condición de madre cabeza de familia con mucho sacrificio asumió el pago de la primera fase del tratamiento, que fue de un millón de pesos (\$1'000.000.00.) aproximadamente, y aunque se encuentra trabajando, asegura que sus recursos no le alcanzan para cubrir esta necesidad de su hija, que además es menor de edad.

Agrega que el tratamiento no se puede suspender porque es “una deformación progresiva que alteraría otras funciones o sea que su tratamiento no es estético”, por lo que solicita se ordene a SUSALUD E.P.S. que autorice el tratamiento completo que requiere su menor hija.

La demandante anexó las siguientes pruebas:

* Copia de la C.C. No. 43'036.222, de Medellín, de la señora Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria. (Fls. 5 y 6, cuaderno No. 1)

* Copia del carné de afiliación a SUSALUD E.P.S. de la menor Elizabeth Cardona Saldarriaga, con RC 27281963 y atención integral a partir del 01/10/1998. (Fls. 5 y 7, cuaderno No. 5)

* Copia del carné de afiliación a DENTA PLAN No. 78486, con validez desde el 04/05/2005 hasta el 24/05/2006. (Fls. 5 y 8, cuaderno No. 5)

2. Trámite de instancia

La demanda fue repartida al Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín quien, mediante Auto del ocho (08) de junio de 2005, la admitió y ordenó notificar al representante legal de la entidad accionada y solicitarle los informes y las pruebas referentes al caso; tuvo como pruebas las aportadas por la demandante, a quien ordenó citar para que rindiera declaración

juramentada sobre los hechos “que interesan a la presente acción”. Así mismo, ordenó oficiar a la odontóloga pediatra Olga Duque Echeverri, para que certificara sobre asuntos que interesen a la tutela.

En diligencia de declaración juramentada, llevada a cabo el 15 de junio de 2005, la demandante, Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria, informó que tiene 43 años de edad, es soltera y ante la ausencia de recursos para sufragar el costo del tratamiento de odontología de su hija menor, Elizabeth Cardona, decidió instaurar la acción de tutela, pues le queda “super pesado” pagar todo lo que ella necesita y que la E.P.S. no le cubre el tratamiento porque está por fuera del P.O.S. Informó que su grupo familiar está conformado por 6 personas: sus dos hijas, sus progenitores y su hermano. Afirma que su hija mayor estudia en la Normal de Antioquia; indicó que su padre trabaja como pintor independiente y su madre es ama de casa y que con lo que gana la accionante no le alcanza para ayudarle a ellos porque sus ingresos son entre 70.000 a 100.000 pesos semanales, con los que debe pagar la E.P.S. suya y de sus hijas, la guardería de la menor y el colegio de la mayor y la alimentación.

Mediante oficio, recibido el 11 de junio de 2005 por la profesional odontóloga Olga Duque Echeverri, se le formularon las siguientes preguntas por parte del Juez de primera instancia:

*Sírvasse certificar sobre el padecimiento en salud de la menor ELIZABETH CARDONA SALDARRIAGA

*Por que (SIC) motivo recomendó la mentonera.

*Motivo por el cual no se le autorizó por parte de la EPS dicho tratamiento.

*Consecuencias que le traería para la salud de la paciente el hecho de que no se le autorice dicho tratamiento.

*Que (SIC) tratamiento alternativo o medicamentos alternativos existes para manejo del padecimiento de la menor accionante recomendado arrojando resultados similares

*Que (SIC) precio comercial tiene el procedimiento requeridos (SIC) por la accionante, si lo conoce.

*Necesidad y Urgencia del tratamiento.”

La odontóloga respondió estas preguntas, mediante escrito que allegó la EPS como prueba con la contestación de la demanda, de la siguiente manera:

“Paciente de 6 años que finaliza primera fase de tratamiento odontológico con máscara facial. Recomiendo segunda fase de tratamiento con mentonera oblicua para redirigir crecimiento mandibular que se encuentra incrementado. Dicho tratamiento no compromete la vida del paciente, pero puede prevenir futuras posibles alteraciones oclusales y cambios en el perfil facial que podrían alterar la estética. La ley 100, dentro del POS no cubre dicha terapia odontopediátrica, por esta razón la EPS no autorizó este tratamiento.

Valor (mentonera): 379.200 particular

260.500 dentoplan

OLGA DUQUE E.”

La profesional no respondió las preguntas relativas al tratamiento alternativo o medicamentos alternativos existentes para manejo del padecimiento de la menor accionante recomendado arrojando resultados similares, ni sobre la necesidad y urgencia del mismo.

3. Contestación de la Demanda

La apoderada de la entidad accionada contestó la demanda, mediante escrito del 15 de junio de 2005, y se opuso las pretensiones de la misma al estimar que la entidad que representa no ha vulnerado derecho alguno a la menor hija de la demandante, por lo que solicita, como pretensión principal, se niegue la tutela por improcedente y, como subsidiaria, que en caso que la E.P.S deba cubrir el costo del tratamiento de la menor, por no estar dentro del P.O.S., se le reconozca el derecho a repetir contra el FOSYGA la totalidad de los valores que deba asumir y éste los reembolse conforme los principios de celeridad y eficacia propios de las actuaciones administrativas.

Señala que la menor hija de la demandante es paciente de 6 años de edad en tratamiento con odonto-pediatra y “no obstante, esta prestación aunque es pertinente no es de carácter vital y no es urgente como lo informa la odontóloga tratante en el certificado que se anexa” además “no está contemplada dentro de las prestaciones del POS y en tal caso SUSALUD no está obligada a suministrarla”.

Asegura que la niña ha recibido los tratamientos y procedimientos necesarios que ha requerido, y que se encuentran dentro del P.O.S., con el fin de proteger su derecho a la salud y en consecuencia a la vida; “derechos que no se encuentran en riesgo inminente”.

En lo que tiene que ver con el derecho a la seguridad social, afirma que a la menor se le han garantizado todos los servicios que ofrece SUSALUD dentro del Sistema de Seguridad Social. Y el derecho a la dignidad humana no se puede invocar como vulnerado por el hecho de que SUSALUD cumpla con la normatividad vigente.

A continuación se refiere a los “Contenidos POS” y sostiene que las E.P.S. no están obligadas sino a suministrar exclusivamente las actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos incluidos en el P.O.S., esto es, en el Decreto 5261 de 1994 y en el Acuerdo 228 de 2002. Indica, con fundamento en el artículo 18 del referido Decreto que el tratamiento que reclama la demandante no se encuentra contenido en el P.O.S. y, por lo tanto, SUSALUD no puede ordenarlo. Agrega que aunque la Corte Constitucional ha inaplicado ese “concepto” ordenando que se suministre el medicamento o tratamiento excluido, lo ha hecho bajo los presupuestos que la jurisprudencia ha señalado en sentencias precedentes como la SU-480 de 1997, SU-890 de 1999 y la T-752 de 2004, los cuales enumera.

Así, considera que resulta necesario evaluar el tipo de servicio, el costo, la urgencia y la existencia o no de medios económicos para que el afiliado directamente asuma el valor de lo reclamado, como en el presente caso, pues de conformidad con las cotizaciones que presenta la demandante, sí tiene capacidad de pago. Además, aclara que en este tipo de tratamientos, como el que requiere la menor, no se cobran de contado sino que se da la facilidad de pagar una cuota inicial seguida de varias cuotas. De manera que, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte y las anteriores consideraciones, hay capacidad de pago suficiente y comprobada, para que la demandante asuma el costo de la prestación reclamada y por ello la EPS que representa no puede ser condenada a su reconocimiento.

De otra parte, con fundamento de la sentencia T-279 de 1997, indica que en cuanto a la pretensión de que se reconozca el tratamiento integral que reclama la demandante, es improcedente, pues constituye un procedimiento que abarca situaciones futuras e inciertas, “que no pueden ser condenadas para su reconocimiento de manera a priori”, además,

porque no se sabe qué va a requerir la paciente en el futuro y que dejarían abierta la posibilidad de que soliciten servicios que estén por fuera del P.O.S., desencadenando en un desequilibrio para la E.P.S.

La apoderada de la entidad demandada anexó los siguientes documentos:

- * Original de certificado de existencia y representación de SUSALUD MEDICINA PREPAGADA S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, el 13 de junio de 2005. (Fls. 19 a 25, cuaderno No. 1)
- * Copia de impresión de computador de la “comprobación de derechos del P.O.S.” y otros datos de la demandante. (Fls. 26 y 27, cuaderno No. 1)
- * Copia del formulario para novedades del afiliado y beneficiarios del P.O.S. de SUSALUD E.P.S., del 3 de noviembre de 1998, en el que la demandante reporta como beneficiaria a su hija Elizabeth Cardona Saldarriaga. (Fl. 28, cuaderno No. 1)
- * Copia de la certificación que envía la odontóloga Olga Duque, de fecha 11 de junio de 2005. (Fl. 29, cuaderno No. 1)

4. Sentencias objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín, mediante providencia del veinte (20) junio de 2005, concede la tutela con fundamento en las siguientes consideraciones.

En primer término, indica que excepcionalmente se han admitido como fundamentales los derechos a la seguridad social y a la salud y, en consecuencia, susceptibles de protección por vía de tutela. Sin embargo, con apoyo en la sentencia T-001 de 1995 de la Corte Constitucional que trae en cita, sostiene que “distinta es la situación cuando de niños se trata habida consideración que la norma constitucional (art. 44) les da el carácter de fundamentales y además gozan de protección especial mediante tratados y convenciones internacionales”.

Indica que conforme la jurisprudencia de la Corte y al contenido de los tratados, convenios y

convenciones internacionales que “los derechos de los niños tiene el carácter de fundamental en razón del derecho a la igualdad, por el cual se predica un tratamiento preferencial y prevalente para los que se encuentran en estado de indefensión e inferioridad frente a los demás”:

Por lo tanto, estima que en el presente caso es procedente la tutela, aunque se trate de la autorización de un tratamiento que esté por fuera del P.O.S., pues aunque no se trata de padecimientos que pongan en peligro o amenacen la vida de la menor Elizabeth, sí se presenta una anomalía en su salud que puede producirle alteraciones oclusales a futuro que podrían alterar su estética y verse, de ese modo, menoscabada su vida en condiciones dignas, “máxime que se encuentran cumplidas las condiciones legales y jurisprudenciales” establecidas en la sentencia T-286 de 1998 y que transcribe ampliamente.

Por lo tanto, concluye lo siguiente:

“(…) Es por la segunda fase del tratamiento odontopediátrico incluida la “MENTONERA OBLICUA”, que requiere la menor, debe ser asumido por SUSALUD EPS, de manera que pueda atribuírsele a esta entidad la amenaza de sus Derechos Fundamentales a la integridad personal, a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones, por negársele dicho tratamiento”.

Es claro que la afectada es una menor y está afiliada como beneficiaria de su progenitora, la señora ANA CECILIA SALDARRIAGA MONSALVE (SIC), al sistema de seguridad social en salud a través de SUSALUD EPS, de la cual viene recibiendo el servicio de salud desde el 01 de octubre de 1998, de ello no cabe duda pues existe en el expediente prueba suficiente que así lo confirma (...).”.

“La menor desde tiempo atrás presenta problemas odontopediátricos, por lo que viene siendo tratada por la doctora OLGA DUQUE ECHEVERRI, quien terminada la primera fase, le recomendó la segunda fase del tratamiento con ‘MENTONERA OBLICUA’ para redingir (SIC) crecimiento madibular que se encuentra incrementado, el cual no puede ser reemplazado por otro tratamiento que se encuentre contemplado dentro del POS y que le ofrezca beneficios similares; así se desprende de la copia de la certificación de la Odontopediatra que la viene tratando, quien explica además que no compromete la vida de la paciente, pero puede prevenir futuras posibles alteraciones oclusales y cambios en el perfil facial que

podrán alterar la estética”.

“la EPS actualmente le ha negado la terapia Odontopediátrica, porque la misma no se encuentra contemplada dentro del POS y por no ser de carácter vital ni urgente”.

“Significa entonces, que la acción incoada por la señora SALDARRIAGA es procedente teniendo en cuenta que existe amenaza a los derechos fundamentales de la menor ELIZABETH CARDONA SALDARRIAGA , ya que la EPS le está negando un servicio en salud que si bien es cierto no es de carácter vital y urgente, si no se le presta a tiempo podría producirle posibles complicaciones oclusales y cambios en el perfil facial alterando su estética, lo que violentaría su derecho fundamental a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas. Está probado también que la madre de la menor ya cubrió el valor de la primera fase de tratamiento, por lo que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo de la segunda fase de tratamiento requerido por su hija, toda vez que se trata de una niña, que depende para su subsistencia de su progenitora, quien labora como manicurista en una peluquería y devenga un salario de \$70.000 a \$100.000 pesos, con los cuales tiene que cubrir todos los gastos del hogar ya que es la única que aporta al hogar; esto hace que el costo del tratamiento odontopediátrico con mentonera oblicua requerido por la menor sea altamente significativo y el hecho de asumirlo va en detrimento del patrimonio económico familiar viéndose menoscaba su calidad de vida”.

En ese orden de ideas, indica que mal haría el Despacho en negar la segunda fase del tratamiento de la menor, por lo que para proteger los derechos de la menor, ordenó a SUSALUD EPS que autorice la segunda fase del tratamiento odontopediatra con mentonera oblicua que requiere la menor Elizabeth Cardona Saldarriaga; así mismo autorizó a la demandada para hacer el recobro ante el FOSYGA, y que ese reembolso debe realizarse a más tardar dentro del término perentorio de 30 días de conformidad con la ley y la jurisprudencia, pues es el Estado el que en estos casos asume el costo de los procedimientos que están por fuera del P.O.S.

La entidad accionada apeló la anterior decisión con fundamento en las mismas consideraciones expuestas en la contestación de la demanda.

4.2. Segunda instancia

El juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, mediante providencia del (doce) 12 de julio de 2005, revocó el fallo del a quo, considerando que aunque a éste le asiste la razón en cuanto al tratamiento preferencial que se les da a los derechos constitucionales de los niños, debe precisarse que ese amparo prevalente debe sujetarse a las normas que regulen el caso específico.

En efecto, estima que en lo relativo al derecho a la salud de la menor, es claro que el tratamiento que ella requiere está por fuera del P.O.S. y no comporta una urgencia ni una amenaza para su vida, pues aunque el a quo consideró que la omisión del tratamiento comportaría posiblemente en un futuro “la dignidad en la persona de la niña Elizabeth Cardona”, sin embargo, la odontóloga tratante certificó sobre la necesidad del mismo, pero advirtió que no está comprometida la vida de la paciente, a pesar que puede prevenir futuras posibles alteraciones oclusales y cambios en el perfil que podrían alterar la estética.

De manera que el tratamiento busca la prevención de alteraciones anormales en el organismo de la menor que no están aseguradas y tampoco se vería afectada su vida, “tan solo (SIC) su aspecto físico”.

Y concluye que “el Sistema de Seguridad Social no puede llegar hasta el cubrimiento de tratamientos que mejoren la estética del paciente, porque lo que el Estado garantiza es la salud y la seguridad social de sus asociados. Además, asegura que a duras penas el sistema alcanza a cubrir los gastos que generan las enfermedades que sí comprometen la salud y en conexidad la vida de las personas.

Finalmente sostiene que “no pueden considerarse que las alteraciones faciales y oclusales que pueda sufrir la menor atenten contra su dignidad humana, es un hecho cierto, que no puede ser exclusiva para la concesión del amparo. Así lo certifica la odontóloga tratante, al manifestar que se trata de futuras posibles alteraciones oclusales, de manera que, no se tiene certeza de la ocurrencia. Tampoco que en caso de presentarse, vayan a degenerar en una vida en condiciones menos dignas, razón por la cual el amparo deprecado habrá de denegarse”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela reseñadas, con base en la

Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y en cumplimiento del Auto del siete (07) de septiembre del año 2005, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

En esta oportunidad la Sala deberá i.) establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una menor de edad con la negativa de la E.P.S., a la cual se encuentra afiliada, de autorizarle una “mentonera” para continuar con la segunda fase del tratamiento odontológico que se le estaba adelantando, aduciendo que está por fuera del P.O.S. y, de ser positiva la respuesta, ii.) verificar si la acción de tutela es procedente para la protección de esos derechos.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos excluidos del P.O.S. Reiteración de jurisprudencia

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la acción de tutela procede de manera excepcional para la protección de los derechos de carácter prestacional¹, como la salud y la seguridad social, cuando de su amenaza o afectación se deriva un peligro o vulneración de otros derechos que sí son de índole fundamental, tales como los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad.²

Cuando el desconocimiento injustificado de las prestaciones económicas y asistenciales establecidas en el Sistema de Seguridad Social Integral afecta directamente derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida o la dignidad humana, procede la acción de tutela para reclamar, entre otros, la prestación de servicios médicos, incluso, de aquellos que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud -P.O.S.-, ordenando para tal efecto la inaplicación de las normas legales o reglamentarias referentes a las exclusiones de este plan y la aplicación directa de las normas constitucionales.

Así pues, la jurisprudencia estableció que por vía de tutela se puede ordenar la prestación de servicios médicos o el suministro de medicamentos excluidos del P.O.S. en los siguientes casos:

- i. Cuando la falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo ante el inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna;
- ii. Cuando el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del P.O.S. o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquel;
- iii. Cuando el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud y
- iv. Cuando estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.³

Esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud⁴ como en el régimen subsidiado,⁵ con la aclaración de que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,⁶ a la enfermedad que padece la persona⁷ o al tipo de servicio que ésta requiere.⁸

De manera que, una vez verificado por el juez de tutela el desconocimiento, por la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, del derecho a la salud en conexidad con la vida y la integridad personal, la orden que imparta estará condicionada al tipo de servicio médico que requiera la persona y del régimen de salud en el cual se encuentra inscrita.

Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (a través de las E.P.S.)⁹ como en el régimen subsidiado (mediante las ARS),¹⁰ asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir, como quiera que, en

este último caso la Corte ha advertido sobre la necesidad de salvaguardar el equilibrio económico en la relación jurídica existente entre el Estado y las entidades promotoras de salud, pues, ha dicho esta Corporación, éstas son simplemente delegatarias de aquel en la prestación de un servicio público de seguridad social y, por tanto, sólo están obligadas a responder por los servicios determinados dentro del marco legal que regula la materia.¹¹

En conclusión, la acción de tutela es procedente para la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social cuando la vulneración de los mismos afecta derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la integridad personal, sin consideración a que los servicios médicos o los medicamentos que requiera la persona se encuentren o no incluidos dentro del P.O.S., de conformidad con las reglas antes explicadas.

4. El Derecho a la Salud de los menores

La Constitución Política establece, en su artículo 44 los derechos de los menores y entre ellos se encuentra el derecho a la salud y la seguridad social, que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de esta Corte¹², como quiera que no sólo tienen el carácter prevalente, sino que determina un respeto incondicional y universal¹³. De manera que, corresponde al Juez de tutela amparar este derecho si encuentra que las Instituciones que hacen parte del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, desconocen el servicio a un menor de edad, sin justificación válida. También se desconoce el artículo 44 superior, cuando la E.P.S. a través de una I.P.S. adscrita a ella, no atiende la remisión de uno de sus médicos tratantes para que se efectúe un tratamiento o intervención quirúrgica de la menor.

De manera que cualquier justificación tendiente a desconocer los derechos prevalentes de los menores contraría el ordenamiento constitucional y permite la activación de los mecanismos extraordinarios tendientes a ampararlos, con el fin de que se le preste una atención inmediata a los menores porque la incondicionalidad que envuelve a estos derechos prevalentes hace que no se deba dar espera.

Así mismo, cualquier actividad probatoria tendiente a demostrar que la remisión de un menor que hace un médico tratante para que se preste atención médica o se lleve a cabo una cirugía, procedimiento o tratamiento, no es esencial para la vida del paciente, resulta del todo irrelevante porque desconocería la prevalencia que este tipo de derechos tienen a la luz

de la Constitución política, tal y como se ha explicado.

5. El caso concreto

La señora Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria instauró acción de tutela contra SUSALUD E.P.S. por considerar que se le vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la dignidad de su menor hija, Elizabeth Cardona Saldarriaga, al haberle negado la segunda fase del tratamiento odontopediátrico con “mentonera” ordenado por su odontopediatra tratante con el argumento de que el mismo no está incluido en el P.O.S.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda considerando: i.) que la menor siempre ha recibido la atención que ha requerido y que se encuentra dentro del P.O.S., sin que sus derechos estén en riesgo inminente; ii.) que el tratamiento requerido por la demandante está excluido del P.O.S. y la E.P.S. no está obligada a suministrarlo, pero, además, que la demandante tiene la capacidad económica para asumir el costo de la segunda fase del tratamiento odontológico de su hija, de conformidad con las cotizaciones que ella realiza y teniendo en cuenta que esa clase de tratamiento no se paga de contado sino que admite el pago por cuotas y iii.) que ninguno de los derechos invocados ha sido vulnerado por la E.P.S.

El Juez de primera instancia concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados, toda vez que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales, cuando se trata de los derechos de los niños, la salud y la seguridad social son fundamentales y tienen una protección prevalente y especial, que implica la procedencia de la tutela, aún cuando se trate, como en el presente asunto, de proporcionar servicios médicos excluidos del P.O.S., pues aunque los padecimientos de la niña no ponen en peligro o amenazan su vida, sí se presenta una anomalía que puede producirle alteraciones oclusales a futuro, que podrían alterar su estética y verse, de ese modo, menoscabada su vida en condiciones dignas. En consecuencia, ordenó a la E.P.S. accionada que autorice el tratamiento requerido por la menor, incluida la mentonera.

Impugnada la anterior decisión por la entidad accionada, el juez de segunda instancia revocó el fallo considerando que, si bien es cierto los menores gozan de una protección especial en sus derechos fundamentales, también lo es que en el caso concreto no se pudo llegar al extremo de recargar al Sistema de Seguridad Social exigiendo a la E.P.S. que asuma un

cubrimiento de “tratamientos que mejoren la estética del paciente” porque lo que el Estado protege es la salud y la seguridad social de sus asociados. Además, aunque el a quo consideró que la omisión de autorizar el tratamiento podría comprometer en un futuro la dignidad de la menor, la odontóloga tratante certificó sobre la necesidad del mismo, pero advirtió que no está comprometida la vida de la paciente, a pesar de las posibles futuras alteraciones oclusales que pueda padecer la niña, pero que por ahora son inciertas, no seguras y no afectan su vida “tan solo (SIC) su aspecto físico”.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente y analizadas cada una de las reglas señaladas por esta Corporación para la autorización de medicamentos, procedimientos y exámenes no contemplados en el P.O.S., y teniendo en cuenta que se trata de una niña menor de edad (6 años) se tiene lo siguiente:

i.) La falta de autorización de la segunda fase del tratamiento odontopediátrico con mentonera que requiere la menor Elizabeth amenaza sus derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la integridad física y la dignidad, pues padece una enfermedad que necesita el tratamiento referido y, además, es una persona que merece la especial protección del Estado pues se trata de una menor de edad, lo que hace que la atención de su padecimiento sea prevalente.

ii.) Aunque el a quo formuló a la odontóloga pediatra de la menor, entre otras, la pregunta sobre la existencia de tratamiento alternativo que pueda reemplazar el ordenado por ella a la niña y que pudiera arrojar resultados similares, la profesional no respondió la pregunta, de manera que no existe constancia en el expediente de que tratamiento, incluida la mentonera pueda ser sustituido por otro. Y, como quiera que la E.P.S. tampoco señaló nada al respecto, se entiende que la respuesta es negativa.

iii.) La menor es afiliada a la E.P.S. accionada en calidad de beneficiaria de su señora madre desde el año 1998, de manera que depende económicamente de ella. Ahora bien, es claro que la demandante tiene una carga económica lo suficientemente pesada y que asumió el pago de la primera fase del tratamiento, por un valor de un millón de pesos (\$1'000.000.00), razón que sustentó para pedir que en la segunda fase la E.P.S. asuma el pago de la mentonera, cuyo costo es de doscientos sesenta mil quinientos pesos (\$260.500.00) si es mediante el plan complementario de odontología de la E.P.S., pues afirma que no tiene el

dinero para pagarla y explica que tiene unos ingresos de setenta mil (\$70.000) a cien mil (\$100.000) pesos a la semana y que debe responder por la guardería de una su hija menor (la que requiere el tratamiento), por el colegio de su hija mayor, por la E.P.S. de las tres y de la alimentación de todas. Por su parte la entidad accionada sostiene dadas las cotizaciones¹⁴ que realiza la demandante y que ya asumió el pago de la primera fase del tratamiento, ella puede asumir el costo de lo requerido por tutela.

iv.) Por último, no cabe duda de que el tratamiento con mentonera ordenado a la paciente, Elizabeth Cardona Saldarriaga, fue prescrito por su odontóloga tratante, la cual está adscrita a la entidad accionada, a través de Denta Plan de SUSALUD EP.S.

En este orden de ideas, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para inaplicar las normas que regulan el P.O.S., la Sala concluye que la negativa de la E.P.S. a autorizar la segunda fase del tratamiento con mentonera a la niña Elizabeth Cardona Saladarriaga, quien goza de una protección constitucional especial en su condición de menor de edad, es violatoria de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. De manera que, la Sala revocará el fallo de segunda instancia y confirmará el de la primera instancia, que concedió la protección invocada y ordenará a la E.P.S. SUSALUD que autorice la segunda fase del tratamiento con mentonera que requiere la niña y que no está contemplado en el P.O.S..

III. DECISION

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 el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, el doce (12) de julio de 2005, que revocó el proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín, el veinte (2) de junio de 2005, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Ana Cecilia Saldarriaga Gaviria en nombre y representación de su menor hija, Elizabeth Cardona Saldarriaga contra SUSALID E.P.S. y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado.

SEGUNDO.- ORDENAR a SUSALUD E.P.S. que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la segunda fase del tratamiento odontopediátrico que incluye mentonera oblicua a la menor Elizabeth Cardona Saldarriaga ordenada por su odontopediatra tratante.

TERCERO.- RECONOCER a SUSALUD E.P.S. el derecho a cobrar al Estado, a través del FOSYGA, todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir.

CUARTO.- ORDENAR al Juez Octavo Civil Municipal de Medellín que, en aras de garantizar la efectividad de la acción de tutela, notifique este fallo a las partes dentro de los tres días siguientes a la recepción del mismo en su Despacho.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras, las sentencias T-499 de 1992, T-248 de 1998 y SU-480 de 1998.

2 Sentencia C-177 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver las sentencias T-289 de 2001, T-627 de 2002 y T-178 de 2003.

4 Ver entre muchas otras, las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828. T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

5 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

6 Ver las sentencias T-972 de 2001; T-280 de 2002 y T-069 de 2005.

7 T-074 de 2005; T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004.

8 Ver las sentencias T-395 de 1998; SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

9 T-1181 de 2001; T-992 de 2002; T-599 y T-883 de 2003; T-494 y T-977 de 2004; T-086 de 2005. Así mismo, en la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, se establece que, tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (Art. 1º), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (Art. 4º).

10 Ver las sentencias T-1043 de 2001 y T-1020 de 2000.

11 En este sentido véanse, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997; SU-819 de 1999 y T-160 de 2001; T-1210 de 2003; T-882 y T-945 de 2004 y T-086 de 2005.

12 Sentencia T-597/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-447 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia No. T-387/95, M.P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia T-1346/00 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis; Sentencia T-280/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia T-258/04, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Cft. Con la Sentencia T-961 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 De conformidad con las pruebas aportadas por la entidad, la señora Ana Cecilia ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la base de un salario de osciló entre los \$358.000 (en noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005) y \$381.500 (en febrero, marzo y abril de 2005), es decir, que pagó alrededor de \$45.000 mensuales, por su seguridad

social y la de sus hijas.