

Sentencia T-1466/00

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Parámetros legales para otorgamiento excepcional de beneficios excluidos en Colombia y el exterior

DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO-Práctica de exámenes excluidos del POS

Referencia: expediente T-334103

Acción de tutela interpuesta por Dilvis Redondo Freyle contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Riohacha.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ.

Bogotá, D.C., octubre treinta (30) del dos mil (2000).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CRISTINA PARDO SCHLESINGER (e), ALVARO TAFUR GALVIS y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, de fecha 31 de marzo del 2000 y por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de 23 de mayo del 2000, dentro del proceso de tutela instaurado por DILVIS REDONDO FREYLE contra el I.S.S., Seccional Riohacha.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El ciudadano DILVIS REDONDO FREYLE, en representación de sus menores hijas Yeniffer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez formuló acción de tutela contra el I.S.S., Seccional Riohacha, con el objeto de obtener la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, salud, integridad física y seguridad social.

Señala el peticionario como hechos que motivaron la tutela, la negativa del I.S.S. para practicar una serie de exámenes que a sus menores hijas les fueron ordenados por el endocrinólogo – pediatra vinculado al ISS y las atiende a través de la Clínica “Henrique de la Vega”, I.P.S. adscrita al Seguro Social.

Las pruebas que se ordenaron son las siguientes:

Test clomidium Hgo Basol 60 y 90 minutos. Fometomedina C, Globulina Transportadora de Famotomedica E.G.F. – B P 3. y Estradiol.

En estas condiciones, señala el padre de las menores, que acude a este mecanismo de protección constitucional, como quiera que los exámenes, son “indispensables” y “necesarios” para el restablecimiento de la salud de sus hijas, además por cuanto carece de recursos económicos propios para asumir sus costos que, además son muy altos. En respaldo de sus argumentos cita varias sentencias de la Corte Constitucional, entre otras, en la T-013/95 y T-041/99 relativas al tema.

2. Pruebas

En el curso de la tramitación constitucional, el Director Regional del I.S.S. Riohacha, manifestó que aún cuando las menores ostentan la condición de afiliadas, algunos de los exámenes que fueron ordenados por el médico tratante no se encuentran incluidos en el POS, razón por la cual no es posible que se les preste el servicio (folio 19 del expediente).

De otra parte, observa la Sala de Revisión, que solo se allegó copia de la historia clínica de la menor Omelia Redondo Gómez, como quiera que de las otras niñas no se encontró su historia clínica ni en la EPS del I.S.S., ni en la I.P.S. que presta la atención médica.

Por su parte, el médico tratante sostuvo que si bien es cierto los exámenes resultan necesarios para efectos de la atención médica de las menores, no es posible determinar si son “insustituibles”, pues para llegar a tal conclusión es necesaria la evaluación concreta de cada historia clínica y de un estudio al respecto.

De otro lado, y con el propósito de mejor proveer, el Magistrado Ponente, mediante Auto de fecha 4 de septiembre del 2000, decidió:

“Primero. Oficiar por la Secretaría General de la Corte Constitucional al Director Seccional de Riohacha, Guajira, del Instituto Nacional de Medicina Legal para que con destino al expediente de la referencia informe en el término de cuarenta y ocho (48) horas, si son insustituibles y necesarios los siguientes exámenes que se le deben practicar a las menores Yenifer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez:

Test clomidium Hg = Basol 60 y 90 minutos. Glodulina Transportadora de Famotomedica E.G.F. - B P 3. y Estridol.

Para el efecto, adjúntese fotocopia de los mismos para mayor información.

Segundo. Oficiar por la Secretaría General de la Corporación, a quien haga las veces de Representante Legal o Gerente del I.S.S. de Cartagena y de la Clínica Henrique de la Vega, a fin de que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, remita a este Despacho la historia clínica de las Yenifer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez, e igualmente adjúntese fotocopia de los exámenes señalados para mayor orientación”.

Como consecuencia de lo anterior, mediante informe de fecha 18 de septiembre del 2000, la Secretaría General de esta Corporación, manifestó al Despacho del Magistrado Sustanciador que el Gerente de la Clínica Henrique De La Vega, mediante escrito de 13 de septiembre del 2000, comunicó lo siguiente: “En atención a su solicitud contenida en el oficio de la referencia, atentamente informo que es requisito indispensable, el número de afiliación de las menores Yenifer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez, con el fin de ubicar la historia clínica en nuestro archivo y proceder a enviarles la copia de los exámenes solicitados por Usted si se encuentran contenidos en la misma.”

Posteriormente, mediante oficio 395 del 4 de octubre del 2000, el mismo Gerente de la Clínica Henrique De La Vega, luego de reiterarle por parte del despacho del Magistrado Ponente, el Auto de 4 de septiembre del 2000, envió con destino al expediente de la referencia el siguiente escrito:

“En atención a su solicitud contenida en el oficio de la referencia, atentamente le informo que después de una ardua búsqueda en nuestro archivo clínico, no se encontraron las historias clínicas de las menores Yenifer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez, con número de afiliación 1995107 para poder enviarles copia de los exámenes solicitados por Usted, si se

encuentran contenidos en la misma.”

3. Las Sentencias Objeto de Revisión

3.1. La Sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Penal, en providencia de fecha marzo 31 del 2000, resolvió negar la tutela incoada por el actor, con base en los siguientes razonamientos.

En efecto, luego de adelantar algunas consideraciones sobre el derecho a la seguridad social de las menores de edad en la Ley 100 de 1993 y los decretos 1938 de 1997 y 806 de 1998, concluyó el Tribunal que:

“En el presente caso el médico especialista que formuló dichos exámenes manifestó que los Test ordenados por él, son necesarios, pero es claro al expresar que no puede aseverar que los mismos son insustituibles, por lo que la tutela impetrada no está llamada a prosperar, ya que no estando incluidos los exámenes dentro del POS, y no acreditando que los mismos no pueden ser reemplazados por otros que si lo están, no podría esta Sala, ordenar a los Seguros Sociales prestar un servicio a sus afiliados o beneficiarios por fuera de los que contractualmente está obligado.

Diferente sería la situación si la entidad demandada, se negara a prestar el servicio no obstante aparecer enlistado dentro de los que le corresponde brindar, o que el examen ordenado para salvar la vida del afiliado o beneficiario se pueda sustituir por los que ofrece el Seguro, en cuyo evento el juez de tutela podría analizar la posibilidad de brindar la protección pretendida. Por las motivaciones precedentes se denegará la tutela impetrada.”

3.2. La Impugnación.

Inconforme con la decisión anterior, dentro del término procesal pertinente, el actor impugnó la sentencia, insistiendo en que carece de los recursos económicos para la práctica de los exámenes, lo que conlleva a un detrimento de la salud de sus menores hijas, pues un procedimiento recomendado por el médico tratante al no realizarse no habrá posibilidad de que mejore su salud, razón por la cual solicita se revoque la sentencia y se tutelen los derechos fundamentales de sus hijas.

3.3. La Sentencia de Segunda Instancia

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia de fecha 23 de mayo del 2000, resolvió confirmar la sentencia recurrida con fundamento en los siguientes razonamientos.

En efecto, estimó el Ad-quem, luego de precisar que con la expedición de la Ley 508 de 1999, que adoptó el Plan Nacional de Desarrollo, el artículo 37 de la misma creó un trámite especial, según el cual, le corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social, autorizar los procedimientos en casos particulares y que fue la propia Corte Constitucional, en Sentencia SU-819 de 1999, la que fijó el alcance del artículo referido.

Así las cosas, concluyó la H. Corte Suprema de Justicia que el afiliado a la EPS podrá hacerse acreedor de la atención en salud y a los tratamientos correspondientes, no obstante encontrarse excluidos o por fuera del POS, indistintamente de su causa, siempre y cuando se cumpla con los requisitos siguientes:

- a. Para proteger la vida del usuario ante un riesgo claro y directo para la misma.
- b. La idoneidad científica del tratamiento en procura del restablecimiento de la salud del paciente y,
- c. La falta de recursos para asumir el pago del tratamiento o medicamento.

Finalmente estimó la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que:

“Quiere decir lo anterior, que contando el usuario con la posibilidad de que la práctica de los exámenes se efectúe a través de las instituciones del Estado o de la EPS con la respectiva autorización, no puede el juez de tutela entrar a fijar cargas para las partes contratantes, cuando no fueron asumidas y, por el contrario, excluidas en el régimen contractual suscrito por la entidad con el Estado, lo cual podría romper el equilibrio financiero de las mismas, dada la convergencia en este aspecto de principios como el de solidaridad y el de universalidad que fundan el derecho constitucional a la seguridad social, al tenor del artículo 48 de la Carta Política.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. El Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos, a controversia planteada en el asunto sub exámine, se contrae a que a través del mecanismos de la acción de tutela, el señor DILVIS REDONDO FREYLE, quien actúa como agente oficioso de sus hijas menores Yeniffer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez, pretende la protección de los derechos constitucionales a la vida, integridad física, salud y seguridad social, los cuales estima vulnerados por la negativa del I.S.S., Seccional Guajira, de no autorizar la asunción de los cupos de los exámenes ni la remisión a la ciudad de Barranquilla de las menores para que le fuesen practicados los exámenes formulados por su médico tratante.

Aduce la EPS del I.S.S. Seccional Riohacha, que los exámenes relacionados se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud, POS, y por consiguiente no están obligados a suministrar los mismos, de acuerdo con la materialidad del caso y los reglamentos que rigen los servicios de la seguridad social en salud.

2. Reiteración de Jurisprudencia. La Sentencia SU-819 de 1999 y el caso concreto.

En la aludida sentencia SU-819 de 1999, esta Corte estableció los criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela para resolver conflictos suscitados con ocasión de la obtención de beneficios médicos por fuera del Plan Obligatorio de Salud, reclamado por vía de tutela.

En efecto, sobre el particular anotó esta Corte lo siguiente:

“.... Parámetros legales que se deben tener en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia - Modificación de la jurisprudencia vigente.

Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P.O.S. según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena

al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario.

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las

obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

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.”

3. El caso concreto

En este orden de ideas, estima la Sala que en el sub lite y siguiendo los criterios trazados y con fundamento en la jurisprudencia constitucional y en las normas legales vigentes para la fecha en que instauró la acción de tutela, debe concluir la Sala que los fallos que se revisan han de ser revocados, ya que la prueba que obra en el expediente (folios 43, 44, 46) aportadas por el actor, demuestran la necesidad de la práctica de los exámenes a las menores de edad, en ausencia de pruebas presentadas por el I.S.S., conforme a lo solicitado en el Auto de fecha 4 de septiembre del 2000, por parte del Magistrado Ponente.

La Sala debe advertir que la conducta negligente del I.S.S. al no allegar al expediente prueba alguna de carácter técnico científico que contradiga las presentadas por el actor o las decretadas por el juez de primera instancia y por esta Corporación al debate probatorio y que permitieran establecer que los exámenes Test clomidium Hgo Basol 60 y 90 minutos. Famotomedina C, Globulina Transportadora de Famotomedina E.G.F. – B P 3. y Estradiol, puedan ser sustituidos o que su no realización no afecta el núcleo esencial del derecho a la vida de las menores, lleva a esta Sala a concluir que los afiliados y sus beneficiarios al Sistema de Seguridad Social en Salud no tienen por qué soportar la omisión probatoria ni la negligencia administrativa de la parte demandada, máxime cuando el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 dispone:

“Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesario otra averiguación previa”.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, aparece acreditado en el expediente (folio 10) el recibo de aportes y liquidación del actor padre las menores al I.S.S. como un trabajador de salario mínimo, del cual se deduce que el peticionario no dispone de los ingresos mensuales suficientes para asumir la totalidad del valor de los exámenes médicos que demanda la práctica de los mismos. Por lo que, dada su capacidad socio económica, no está en posibilidad objetiva de asumir la totalidad de tales costos.

Visto lo anterior, debe colegirse que el afiliado a la EPS del I.S.S. tiene derecho a que a sus

menores hijas beneficiarias le sean practicados los exámenes de Test clomidium Hgo Basol 60 y 90 minutos. Fometomedina C, Globulina Transportadora de Famotomedica E.G.F. - B P 3. y Estradiol, no obstante encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS, en la medida que se cumplen con los criterios establecidos por esta Corporación en la Sentencia SU-819 de 1999, ya que se pretende proteger la vida de los usuarios ante un riesgo claro y directo para las menores, las cuales se encuentran afectadas en su integridad física y el tratamiento y las drogas prescritas por el médico tratante, son idóneas científicamente en procura del restablecimiento de la salud de las mismas, conforme lo aseveró el médico tratante de las menores (Dr. Miguel Bonilla, galeno vinculado al ISS, folios 5, 6 y 7 cuaderno 1) en los conceptos de 8 de octubre de 1999; y por su parte, el padre de las menores no posee los recursos económicos para asumir el pago de los exámenes pertinentes.

Con las precisiones efectuadas y en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Corte, especialmente la Sentencia SU-819/99 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, debe seguirse, que el juez de tutela debe ordenar la práctica de exámenes no obstante no estar autorizados en el POS, pues así también lo ha reiterado esta Corporación en casos análogos (T-699/98 y T-118/99), en donde esta Corporación ha reconocido el derecho que tienen las Empresas Promotoras de Salud, EPS de repetir contra el Estado por el valor de los procedimientos y exámenes médicos que deben ser suministrados a los afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud que se encuentren fuera del POS, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean el caso examinado. En consecuencia, se dispondrá la práctica de los exámenes solicitados por el padre de las menores en su calidad de agente oficioso, así como el derecho que tiene las EPS del ISS de solicitar el reembolso que le ocasiona la práctica de los referidos exámenes al Fondo de Solidaridad FOSYGA. Ello, además con la finalidad de mantener el principio del equilibrio financiero de las entidades prestadoras y del sistema en su conjunto y de garantizar los principios y derechos constitucionales de las menores de edad dentro de un estado Social de Derecho. Por lo tanto, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, la EPS del ISS debe ordenar la práctica de los exámenes formulados por el médico tratante de la Clínica Henrique de la Vega, IPS vinculada al Seguro Social.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de la Corte Constitucional, administrando justicia

en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias de fecha 31 de marzo del 2000 y 23 de mayo del 2000, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala de decisión Penal, y por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respectivamente, que negaron la acción de tutela interpuesta por DILVIS REDONDO FREYLE, en representación de sus menores hijas Yeniffer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez.

Segundo. CONCEDER la acción de tutela de los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud y seguridad social de las sus menores de edad Yeniffer, Omelia y Yudeilys Redondo Gómez. En consecuencia, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, la EPS del ISS, Seccional Guajira, deberá ordenar, si no lo ha hecho ya, los exámenes formulados por el endocrino pediatra tratante de las menores referidas que en esa EPS las atiende, a través de la Clínica “Henrique de la Vega”, IPS vinculada al Seguro Social.

Tercero. DECLARAR que la EPS del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Riohacha, Guajira, tiene derecho a repetir contra el Ministerio de salud, Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, para que éste le reembolse el valor de los exámenes practicados a las menores de edad.

Cuarto. El juez de instancia verificará el estricto cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia y tomará las medidas adecuadas para ello.

Quinto. Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

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

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)