

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Puede indicarse que cuando una patología tiene incidencia notoria en la salud y autoestima del niño, a pesar de que su vida no se encuentren en riesgo y se le niega el servicio de salud con que se persigue establecer, remediar o mitigar su afección, se atenta contra su derecho fundamental a la salud, contra la garantía constitucional de la vida en condiciones dignas y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención directa del artículo 44 constitucional, situación ésta que autoriza al juez de tutela para proteger por esta vía sus derechos.

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑO-Fundamentales

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Autorización y suministro de servicios excluidos del POS

La Corte también ha precisado que para que el juez constitucional pueda inaplicar esas reglas de exclusiones del POS, debe establecer en el caso específico la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema; y (iv) que el medicamento o tratamiento

haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO Y JUEZ CONSTITUCIONAL-Parámetros que debe considerar en cada situación particular

De la misma manera, la doctrina jurisprudencial ha previsto los siguientes parámetros, como el mínimo a considerar por el juez constitucional en cada situación particular al efectuar el análisis y evaluación de los presupuestos de procedibilidad para la inaplicación de las normas limitantes del POS: (i) La urgencia del caso, que se refiere a la severidad del compromiso de la vida o funcionalidad del paciente; esto, ante la necesidad inmediata de conservar la vida o de prevenir consecuencias o secuelas críticas en la integridad personal, como elemento determinante de la conexidad entre la falta de atención y los derechos fundamentales; se debe entonces establecer que haya una amenaza cierta de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues de lo contrario, no se puede obligar a las Entidades del Sistema a asumir cargas ajenas a sus compromisos, cuando sin los medicamentos o tratamientos excluidos, no peligran tales derechos; (ii) La pertinencia o aptitud que el medicamento o procedimiento excluido del POS tenga en el tratamiento para lograr la recuperación o alivio en los padecimientos de salud en aras a la conservación de la vida, de ésta en condiciones de dignidad e integridad personal del paciente, así como la imposibilidad de que éste sea reemplazado por otro del POS que tenga en la salud del paciente los mismos efectos; lo cual, además del criterio médico, se medirá por aspectos tales como la oportunidad o inmediatez, pues como se advirtiera, la persona no puede ser sometida a la prolongación de sus sufrimientos si estos pueden conjurarse en forma más próxima con los servicios no incluidos en el plan; esta situación se presume evidenciada por la prescripción que de los servicios excluidos hace el médico tratante, cuando en el proceso tutelar no son controvertidos y comprobada la aptitud de la segunda alternativa por la demandada; (iii) Que se acredite que el paciente carece de recursos económicos suficientes para sufragar la adquisición de los

servicios (medicamentos, implementos, exámenes, procedimientos y demás) o de los medios para obtenerlos por otra vía, criterio donde además, se tendrá en cuenta si el paciente pertenece a alguno de los grupos o categorías que por mandato constitucional expreso, jurisprudencia constitucional o disposición legal, tiene derecho a una atención preferente por parte del estado; y (iv) Que la prescripción del medicamento la haya efectuado un médico vinculado al ente obligado a la atención del paciente; situación que de no ser discutida por la accionada o desvirtuada por otro medio durante el proceso tutelar, debe presumirse respecto de quien suscribe la fórmula.

#### PRESUNCION DE VERACIDAD DE INCAPACIDAD ECONOMICA-Reglas probatorias

Se ha considerado por la Jurisprudencia, que en materia de tutela también es aplicable el principio general de derecho probatorio, según el cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. Y así, refiriéndose a la demostración de la incapacidad económica para asumir el costo de los procedimientos o medicamentos excluidos del POS, ha indicado que, como no existe una tarifa legal para su prueba, entonces, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad y para ello se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Constitución Política. Sin embargo, ha previsto unas reglas probatorias en esta materia. Se recalca que ha indicado la Corporación, que de manera correlativa le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario a lo alegado por el accionante sobre su capacidad económica, so pena de que por la mera afirmación de incapacidad del actor que no es desvirtuada, se aplique la presunción de buena fe en su manifestación y con ella se tenga por acreditada tal circunstancia.

PRINCIPIO DE GASTOS SOPORTABLES E INCAPACIDAD ECONOMICA/PRINCIPIO DE CARGAS SOPORTABLES E INCAPACIDAD ECONOMICA/CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y

## JUEZ DE TUTELA- Labor en que debe aplicar reglas de valoración probatoria

Ha dictado la jurisprudencia que en el análisis del presupuesto de la incapacidad de pago alegada por el accionante para asumir el costo de los servicios excluidos del POS, debe valorarse por el juez si a pesar de la existencia de recursos, éstos son o no suficientes para ello y para costear las demás obligaciones personales, familiares y económicas del accionante, que hacen parte de su presupuesto y gastos ordinarios, que le proporcionan una vida en condiciones dignas; pues debe evitar que esta situación se afecte por asumir una “carga desproporcionada frente al equilibrio familiar”, labor en la que aplicará las mismas reglas de valoración probatoria que se han expuesto para la demostración procesal de este requisito de procedencia; por tanto, si en la actuación no se desvirtuó probatoriamente la afirmación indefinida de incapacidad económica, debe aceptarse la presencia de tal hecho aplicando la presunción de buena fe como se ha referido. Es evidente que el principio del gasto soportable a que se aludió en las consideraciones precedentes ha debido ser aplicado en este caso, pues si bien existe una capacidad económica en el accionante con la que hasta la interposición de la tutela había podido asumir los gastos de los medicamentos porque en un principio se le había indicado que eran por los primeros nueve meses de vida de su hijo, el deterioro de la salud del niño introdujo un cambio en esta situación al hacer que el tratamiento sea por término indefinido y así, es que el actor ha estimado que la carga se le torna en excesiva frente a su presupuesto familiar; argumento que se insiste, no fue desvirtuado en debida forma y que la Sala encuentra razonable ante la cuantificación que el petente hace de los medicamentos -cercana al medio millón de pesos mensuales- y a la cuál no hubo oposición alguna en la actuación; por lo que, partiendo de la presunción de buena fe instituida en la Carta Suprema, debe dársele crédito.

## DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de tratamiento para reflujo en Contrato de Medicina Prepagada

Se ha establecido que en este caso se cumplen plenamente los requisitos jurisprudenciales

para que en aras a la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física del menor, se inapliquen las disposiciones que al regular los cubrimientos del plan obligatorio de salud, excluyen del mismo los medicamentos prescritos al niño y por ello, la EPS Sanitas deberá suministrárselos quedando facultada de efectuar el recobro al Fosyga, esto ante la establecida incapacidad económica de su progenitor para seguir asumiendo su costo que le representa un gasto excesivo, no soportable.

PLAN COMPLEMENTARIO DE SALUD-No es indicador de solvencia económica para que el cotizante asuma costos de servicios que ordinariamente no incluyen los planes

No ve la Corte que por la anterior decisión se genere desequilibrio financiero en el sistema o que en momento alguno se esté procurando un desequilibrio o tratamiento desigual entre los afiliados al mismo como lo consideró el juez de instancia, toda vez que, al haberse establecido la presencia de todos los presupuestos que la misma ha señalado para que se justifique la inaplicación de esas disposiciones por lesionarse con su observancia derechos fundamentales, se ciñe a sus propios lineamientos, dentro de los cuales el solo hecho de tener el paciente cubrimientos adicionales para la protección de su salud, como es la medicina prepagada, no puede ser óbice de facto para que contando con la acreditación pertinente de los requisitos por la Corporación exigidos, también deba ser cobijado por esa medida; de lo contrario, sí se le pondría en situación de desigualdad.

Referencia: expediente T-1226642

Acción de tutela instaurada por Jaime Tamayo Rivera en representación de su hijo menor

Santiago Tamayo Quevedo, contra, “Colsanitas” Organización Sanitas Internacional.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, Valle, en el trámite de la acción de tutela instaurada por el señor Jaime Tamayo Rivera en representación de su hijo menor Santiago Tamayo Quevedo, contra, “Colsanitas” Organización Sanitas Internacional.

### I. ANTECEDENTES.

El señor Jaime Tamayo Rivera como padre del niño Santiago Tamayo Quevedo, interpuso acción de tutela en contra de la Organización Sanitas Internacional, "Colsanitas", por considerar que la vida de su hijo menor correría peligro por la interrupción en el suministro de unos medicamentos que el menor requiere y que la accionada se niega a suministrarle en razón de que por las estipulaciones del contrato de medicina prepagada con ella suscrito, estos no estarían cubiertos, cuando él ya no está en condiciones de seguir sufragándolos por su alto costo. Su solicitud de amparo por esta vía, tiene como fundamentos los siguientes,

#### 1.- Hechos y Pretensiones.

En la demanda respectiva instaurada el 19 de agosto de 2005, el petente indica que su hijo Santiago, nacido el 31 de marzo de 2004, es su beneficiario en el servicio de salud tanto en el POS donde se encuentra afiliado a la EPS Sanitas, como en el contrato de medicina prepagada No. 1010-0218718-0 suscrito con la entidad accionada, Colsanitas.

Afirma que desde su nacimiento, el menor presentó problemas de reflujo que por la permanente devolución de lo ingerido, le impiden la normal asimilación de los nutrientes necesarios para su funcionamiento orgánico y así su debido desarrollo físico y mental; motivo por el cuál, le fue prescrito médicamente un tratamiento para sus primeros 9 meses de vida con los medicamentos Prepulsid y Milpax Children, cuyo costo asumió totalmente, debido a que fue informado de que los mismos no estaban cubiertos por el POS. Que luego, por disposición de la pediatra el tratamiento fue suspendido por el término de 5 meses, presentándose un ostensible deterioro en la salud del bebé, donde su desarrollo físico normal, el motriz y el cognoscitivo se afectaron, siendo necesaria la práctica de una serie de exámenes para diagnosticar y buscar el tratamiento que permitiera recobrar la salud del niño. Que con base en los mismos, se le diagnosticó "Reflujo Tipo III y Alergias a ciertos alimentos" , para cuyo tratamiento se le formularon los siguientes medicamentos, cuyo

suministro debe ser permanente: 1) suplemento proteínico y sustituto de la leche “Petit Junior” en dos tomas diarias de 8 onzas cada una; 2) para control y manejo directo del reflujo, “Harmetone” en 3 dosis diarias de 2.5 ml. cada una; 3) para el control del vómito, “Plasil” 3 tomas diarias de 10 gotas cada una; 4) para el tratamiento de las alergias a los alimentos, “Zyrtec” en 2 tomas diarias de 5 gotas cada una; y 5) como sustituto del calcio, 5 ml. diarios de “Kid Cal”.

Manifiesta que hasta el momento ha venido costeando el valor de estos medicamentos por ser la garantía para la vida de su hijo; pero que como el suministro ahora es permanente y de largo plazo hasta lograr la recuperación de la salud del niño, ya no cuenta con los medios para sufragar la onerosa carga económica que ello le representa, que mensualmente según la discriminación de la cantidad y de los precios que hace, asciende a la suma de \$476.200. Es por lo anterior que estima, que al no tener los recursos con los cuales seguir comprando los remedios y por las lesivas implicaciones que la supresión o interrupción del tratamiento traen a la vida, desarrollo corporal y mental del menor, la vida del mismo puede verse amenazada y por tanto, la accionada, a quien cancela la no despreciable suma mensual de \$398.000, debe suministrarle la asistencia y medicación que el niño requiera y así solicita se decida en esta acción.

## 2.- Actuaciones ante el juzgado.

El juzgado 27 Civil Municipal de Cali una vez admitido el trámite de tutela propuesto contra Colsanitas Organización Sanitas Internacional, dispone la vinculación a la actuación de la EPS Sanitas en condición de accionada<sup>1</sup>. Por conducto de la señora Yolanda Sardi de Lozano, quien acredita su condición de Administradora de la mismas<sup>2</sup>, las entidades mencionadas presentan sendas respuestas a la demanda instaurada, de la siguiente forma:

### 2.1.- En relación con la Agencia “Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.”<sup>3</sup>, la

señora administradora confirma la afiliación del menor a esa entidad, haciendo énfasis en que el contrato respectivo, que corresponde a uno “colectivo familiar de servicios de medicina prepagada plan – integral”, fue aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud y excluye expresamente el suministro de medicamentos para tratamientos ambulatorios como es el del reflujo gastroesofágico y bajo peso del niño; razón por la cuál, esa entidad no está obligada a suministrarle los específicos medicamentos que le recetaron. Como soporte de su manifestación, hace la siguiente transcripción de las cláusulas del mencionado contrato: “Cláusula Cuarta.- Exclusiones o limitaciones contractuales: 1. Colsanitas S.A. excluye expresamente la prestación de servicios en los siguientes casos:... 2. Colsanitas S.A., en desarrollo de este contrato, no estará obligada en ningún caso al suministro de... prótesis de cualquier clase, válvulas artificiales, órganos para transplantes, derivados o componentes de sangre o plasma, medicamentos en el tratamiento ambulatorio...” (Subrayo aclarando que el resaltado es propio del texto original)” (sic). “Cláusula Quinta.- Obligaciones a cargo del contratante y los usuarios:...2. A cargo de los usuarios:... 2.8 En caso de requerirse alguno de los suministros o servicios no cubiertos por el presente contrato, el usuario deberá cancelar su valor directamente al médico adscrito o entidad adscrita que prestó el servicio o efectuó el respectivo suministro”(Subrayo aclarando que el resaltado es propio del texto original)” (sic).

Alega entonces, que como ese contrato tiene una amplitud delimitada de cobertura dentro de la cuál se proporcionan los servicios en el contenido y condiciones aprobados por la Superintendencia Nacional de Salud, ese articulado es de obligatorio cumplimiento para las partes y debe ser ejecutado de conformidad con lo establecido en esas cláusulas, preservando así el principio de buena fe que rigió a las partes en su suscripción. Y que en ese marco, Colsanitas S.A. no ha vulnerado ningún derecho al menor por cuanto se ha ceñido a las disposiciones legales que regulan su actividad y a lo pactado en el contrato con el accionante.

Finalmente, afirma que el menor no se encuentra desprotegido por cuanto al estar afiliado a la EPS Sanitas, es a esta entidad a la que corresponde el suministro de los medicamentos

que como los aludidos no se encuentran en el POS, por cuanto puede recobrarlos al Fosyga.

2.2.- En nombre de la Agencia "Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., EPS Sanitas S.A. Norte"<sup>4</sup>, como se advirtiera, la misma persona da respuesta al libelo de tutela, confirmando la afiliación a esa del menor, en calidad de beneficiario del señor Jaime Tamayo Rivera, con 73 semanas de cotización. Dice que de los medicamentos que le prescribieron al infante, solamente hace parte de los contenidos en el POS la Metoclopramida, por lo que le será entregado en el momento en que se lo soliciten. Sobre los restantes, afirma que se encuentran excluidos del listado establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el Acuerdo 228 de 2002, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 3797 de 2004 del Ministerio de Protección Social, para la EPS Sanitas S.A., resulta procedente que por parte de un comité técnico científico se realice el estudio del caso para ver la posibilidad de suministrar al niño los medicamentos en cuestión, pero que como los padres del menor no han elevado tal solicitud, siendo ese el mecanismo ordinario establecido para el efecto, la acción de tutela propuesta no es viable ante la falta de su agotamiento.

Sobre la incapacidad económica del petente, considera que el juez debe exigirle acreditar el estado de necesidad y la falta de capacidad de pago de los medicamentos, por ser uno de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup> para la procedencia del suministro de medicamentos no incluidos en el POS por parte de las entidades del sistema y a fin de evitar la desviación de los recursos de la seguridad social, de preservar la filosofía y viabilidad del sistema y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del Estado social de derecho y la prevalencia del interés general. Concluye su intervención solicitando que si la decisión les es adversa, se ordene al Fosyga en el fallo correspondiente, le pague a la EPS el valor de los medicamentos no cubiertos por el plan obligatorio de salud.

II.- FALLO OBJETO DE REVISIÓN.-

En sentencia calendada el 5 de septiembre de 2005, el Juzgado 27 Civil Municipal de Cali, niega el amparo solicitado al considerar que, aunque el derecho a la salud no está consagrado en la constitución como un derecho fundamental y que en el presente caso de acuerdo con la jurisprudencia, asume tal carácter por estar en conexidad con el derecho a la vida o con la calidad de vida del menor en condiciones dignas, las normas que rigen el sistema de seguridad social en salud y los planes complementarios, no obligan ni a la entidad demandada ni a la EPS vinculada a suministrar los medicamentos formulados y por ende, no han vulnerado derechos al niño.

Analiza de esas normas, las disposiciones relativas a los beneficios del Plan obligatorio de salud para concluir que, en lo relacionado con el suministro de medicamentos, por regla general, solamente se proveerán los esenciales en su presentación genérica; por lo que, los que no cumplan tal condición no están incluidos y su suministro por el sistema, es excepcional y solamente si se dan los presupuestos que ha indicado la jurisprudencia constitucional para el efecto<sup>6</sup>.

En ese contexto, estimó el juez que para el caso no se cumple con el requisito de no poderse pagar los medicamentos por parte del padre del menor; pues considera que la falta de capacidad económica por él alegada en la tutela, queda desvirtuada por el hecho de que éste gasta mensualmente por medicina prepagada la suma de \$393.900, lo que demuestra que sí tiene recursos económicos y que por tanto, es viable que suspendiendo temporalmente este tipo de gasto ya que de los medicamentos no han sido recetados de por vida, esa suma la pueda invertir en los remedios del niño que costarían \$476.200, y la diferencia no es carga que se salga extraordinariamente del presupuesto familiar y que es deber de solidaridad de ese núcleo, someterse a las privaciones que sean necesarias en pro de la protección de alguno de sus miembros. Advierte el juez que no es que se excluya de plano por vía de tutela beneficios no incluidos en el POS a quien cuenta con medicina prepagada por este solo hecho, si no que en el caso particular, se evita que el Estado subsidie medicamentos excluidos del POS a una persona que cuenta con medios para asumir

su costo; pues, dice, que no resultaría racional que con recursos del sistema se sufraguen gastos de quien cuenta con medicina prepagada, que como es sabido se financian con fuentes distintas a las cotizaciones, porque ello implicaría una abierta vulneración al derecho a la igualdad, al obtenerse beneficios por encima de los de todo afiliado al POS.

Finalmente, bajo el argumento de la libertad contractual y la obligatoriedad para las partes una vez suscrito el convenio, el fallador desestima la posibilidad de que la entidad de medicina prepagada asuma cargas no previstas en el contrato. Sobre las estipulaciones que exoneran de responsabilidad a la empresa de Medicina prepagada, considera que si eran distintas a las enunciadas por la accionada en su respuesta, no fueron controvertidas por el demandante en la actuación, quien tampoco probó la existencia de otras.

La anterior decisión no es impugnada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

### III.- PRUEBAS.-

Son relevantes para la actuación las siguientes, aportadas por el accionante:

1.- Para acreditar la afiliación del menor a las accionadas, se allegaron: “Anexo de inclusión de usuarios al contrato Colsanitas No. 10-10-218718”7, junto con fotocopias de los carnet de medicina prepagada y EPS del accionante. 8

2.- Evaluación inmunológica del menor Santiago Tamayo Quevedo, efectuada el 1º de junio

de 20059, en que se registra que se le realizó “Test cutáneo de alergia” incluyendo dentro de los grupos de alergenos los alimentos que constituyen la dieta común del paciente, donde fueron identificadas reacciones inmediatas al huevo, carne porcina y leche bovina.

3.- Estudio del reflujo gastroesofágico del menor, efectuado por medicina nuclear de la Clínica Fundación Valle de Lili, con fecha 2 de junio de 2005.10

4.- Exámenes varios de laboratorio, percentiles de crecimiento11.

5.-Prescripciones médicas varias efectuadas por pediatras de la Clínica Colsanitas S.A., de las cuales se destacan las referidas a los medicamentos: Cetrizina y Zyrtec12; y en talonarios de la pediatra Janneth Jaramillo Cabal13, Haremrone, Plasil, Kid cal, con advertencia médica de “No suspender” los dos primeros.

6.- Copia de factura por compra de medicamentos14

#### IV.- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.-

##### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36

del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico

El niño Santiago Tamayo Quevedo, padece de reflujo gastroesofágico que le impide la normal asimilación de los alimentos y nutrientes, por lo que de acuerdo con los médicos tratantes deben suministrársele, por tiempo indefinido, algunos medicamentos que no se encuentran cubiertos por el contrato de medicina prepagada del que es beneficiario, ya que este excluye en forma expresa el suministro de medicamentos para tratamientos ambulatorios; y que también están excluidos del POS para su provisión por parte de la EPS. Los medicamentos tienen un costo mensual de \$ 476.200 que el padre del menor ha venido sufragando, pero ante la intemporalidad del tratamiento que por ahora es permanente, asegura que esta carga económica le es excesiva frente a su presupuesto familiar y ya no le es posible sostenerla, circunstancia por la cual y frente al riesgo que la enfermedad representa para la salud y vida de su hijo, recurre en su nombre a la acción de tutela, para que sea la empresa de medicina prepagada a la que mensualmente cancela por este concepto \$ 398.000, quien asuma el suministro del tratamiento.

Son las exclusiones de los medicamentos de las relaciones que vinculan al petente con las accionadas, Colsanitas S.A., Medicina prepagada, y EPS Sanitas, la razón para que éstas se opongan al suministro de los mismos, alegando la última que además, a ella no le ha sido requerido el servicio, como tampoco se ha solicitado por el demandante la intervención de un comité técnico científico para que estudie su viabilidad.

El juez de instancia negó el amparo y estimó que la prepagada no tenía obligación contractual del suministro; que la EPS no estaba obligada a efectuarlo por no estar incluidos en el POS y porque no se daban los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha indicado para la inaplicación de esas normas, toda vez que estableció, que había capacidad

económica del padre del menor para costear las medicinas, con el hecho de que éste tiene gastos como el medicina prepagada, de los que consideró que pueden ser suprimidos temporalmente para que el monto con que cubre este rubro sea destinado a la adquisición de los medicamentos para el niño.

Debe entonces la Sala determinar en primer lugar si la coexistencia de planes complementarios al obligatorio de salud, como es la medicina prepagada, liberan a las entidades pertenecientes al sistema de la prestación de servicios de salud y seguridad social cuando su no suministro compromete derechos fundamentales de los niños e igualmente, si la tenencia de los citados cubrimientos adicionales en salud, es indicador suficiente de solvencia económica, para que en todos los casos el cotizante asuma el costo de los servicios que ordinariamente ninguno de los planes incluye.

Para estos efectos, se reiterarán de la jurisprudencia constitucional los temas de: (i) el carácter fundamental del derecho a la salud y seguridad social de los niños y a que la existencia se les garantice en condiciones dignas; (ii) el atinente a los requisitos de procedencia de la acción de tutela para obtener la autorización y suministro de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS- cuando se trate de niños, haciendo énfasis en el de la falta de capacidad económica para que el afiliado sufrague el costo de los mismos, bajo el criterio de lo que en la misma actividad interpretativa se ha denominado principio de gastos soportables; y (iii) analizados estos asuntos, se entrará a decidir si frente a los hechos del caso concreto, el menor Santiago Tamayo Quevedo que cuenta con el servicio de medicina prepagada, tiene o no derecho al amparo solicitado y si en tales circunstancias, por contar con ese cubrimiento adicional, con el suministro de los medicamentos reclamados por parte del sistema de seguridad social, se afecta el equilibrio del mismo y la igualdad de tratamiento a sus usuarios como lo sostiene el fallador de instancia.

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre el tema, ha insistido que, es en virtud de la disposición expresa del artículo 44 de la Constitución Política, que son fundamentales los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros. Son entonces derechos constitucionales, cuya condición de ser fundamentales es independiente y autónoma; por lo que, para su reconocimiento como tales, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría, como sí se requiere cuando se trata de otro tipo de personas; por ello, gozan de la prerrogativa de ser prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional. Ha dicho la Corporación:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional<sup>15</sup>.”

Así, al distinguir repetidamente la jurisprudencia entre el carácter de prestacional o de fundamental que tienen los derechos a la salud y a la seguridad social, partiendo de las circunstancias en que se desenvuelva cada situación, ha enfatizado en que, cuando se trate de los niños, son indiscutiblemente fundamentales, mientras que referidos a personas distintas a ellos, en principio, siendo su naturaleza prestacional por corresponder a la ejecución de un servicio público a cargo del Estado, no son fundamentales y solo por conexidad, alcanzarán tal categoría cuando con la afectación a éstos se pone en riesgo o se menoscaba un derecho definido como fundamental y por ello, es necesario proteger los

prestacionales para conjurar la vulneración de los últimos.

Por tanto, como se expresó en la sentencia T- 747 de 2005, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, “categorizar de manera distinta tales atributos de los niños, constituye entonces una verdadera e injustificada desatención tanto al mandato constitucional que de manera clara y explícita les confiere el rango de fundamentales, como al desarrollo que el interprete de la Carta Suprema ha dado a la disposición”.

Ahora bien, puesto que la acción de tutela está instituida en la Carta Suprema<sup>16</sup> como mecanismo expedito para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, forzoso es concluir, como de manera consistente lo ha hecho la interprete constitucional, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, por su condición expresa de ser fundamentales, son autónomos para efectos de solicitar su protección del juez constitucional de manera directa por esta vía; como se dijo, no hay necesidad de establecerles nexo alguno entre su afectación y la de otro derecho fundamental para que sea procedente reclamarlos a través de la tutela. Se afirma esto por la Corte en algunos de sus múltiples pronunciamientos al respecto en los siguientes términos<sup>17</sup>:

“ Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política. De acuerdo con la disposición enunciada y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”<sup>18</sup>.

“ Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.<sup>19</sup>

Como se observa, de las precisiones anteriores se colige que en el examen que realiza el juez constitucional a quien se reclama la protección de estos derechos de los niños, no puede insinuarse el carácter prestacional ordinario de su naturaleza y mucho menos exigir para su resguardo conexidad con otros derechos de rango superior; pues éstos como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, son fundamentales y prevalecen sobre los derechos de los demás<sup>20</sup>. Y siendo así, la jurisprudencia también ha recalcado la obligación que tiene el Estado de ofrecer una eficaz protección a los mismos. Se ha dicho por la Corte:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”. <sup>21</sup>

“El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las

entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos".<sup>22</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien; la Corte ha establecido reiterativamente en sus fallos<sup>23</sup> que la protección constitucional al derecho a la salud, no solo procede para resguardar el derecho a la vida entendida como simple existencia biológica, sino que ésta debe considerarse dentro de una dimensión mucho más amplia, que permita a su titular llevar una vida digna con un estado de salud lo más alejado posible del sufrimiento y del dolor, de manera que pueda desarrollar plenamente su personalidad; es decir, que los derechos a la vida y a la integridad física deben interpretarse conforme al principio de dignidad humana, teniendo en cuenta los componentes de calidad de vida y condiciones de subsistencia del individuo y por ello es procedente la acción de tutela para garantizar la vida en condiciones dignas sin importar el nivel de gravedad de su afectación. Así, refiriéndose a las circunstancias en que por falta de atención médica a los padecimientos de salud cuando no está en riesgo la vida misma, pero sí se afectan las condiciones de dignidad en que ésta debe llevarse, ha sostenido que "la prolongación en el tiempo del dolor o permitir la intensificación del mismo, equivale a someter a una persona a un trato inhumano, cruel y degradante, contrariando de esta manera lo dispuesto en el artículo 12 de la Carta Política"; planteamiento que sin duda alguna es aplicable no solamente a los padecimientos de dolores corporales, sino análogamente a todos aquellos eventos que en razón de una enfermedad, se menoscaben la salud e integridad física o mental de la persona.

Así, puede indicarse que cuando una patología tiene incidencia notoria en la salud y autoestima del niño, a pesar de que su vida no se encuentren en riesgo y se le niega el servicio de salud con que se persigue establecer, remediar o mitigar su afección, se atenta contra su derecho fundamental a la salud, contra la garantía constitucional de la vida en condiciones dignas y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier

persona, en contravención directa del artículo 44 constitucional, situación ésta que autoriza al juez de tutela para proteger por esta vía sus derechos<sup>24</sup>.

2.2. - Suministro de medicamentos no incluidos en el POS. Requisitos de procedencia de la acción de tutela para la inaplicabilidad de las restricciones del POS. Reiteración de jurisprudencia.

En desarrollo de lo previsto por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el legislador implementa el Sistema General de Seguridad Social en Salud; pero como los recursos de que éste se nutre, no son suficientes para que el Estado asuma la totalidad de las necesidades que demanda la atención en salud a toda la población, éstos deben destinarse prioritariamente a lo más urgente e indispensable, para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad que lo rigen. Así, para que el sistema sea viable financieramente, en la normatividad respectiva se estableció tanto un plan de cubrimiento obligatorio, el POS, como se previó un régimen de exclusiones de servicios del mismo y se reguló lo atinente al procedimiento para obtener la autorización de suministro de los servicios no incluidos en el plan.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que<sup>25</sup>, esas regulaciones legales o administrativas no pueden ser de aplicación general y automática, pues cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.<sup>26</sup> En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda

la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.<sup>27</sup>

No obstante lo señalado, la Corte también ha precisado<sup>28</sup> que para que el juez constitucional pueda inaplicar esas reglas de exclusiones del POS, debe establecer en el caso específico la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema; y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

Al respecto, de la sentencia T-928 de 2003, M.P, Clara Inés Vargas Hernández, es pertinente la citación del siguiente aparte donde se compila por esta Sala de Revisión, el marco trazado por la jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela a efectos de autorizar la inaplicación de las exclusiones reglamentadas para el POS:

“...si por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del P.O.S., se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a un vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios

establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Constitución Política), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto los derechos fundamentales del peticionario, lo cual es posible debido al efecto normativo de la Carta, que irradia el contenido de todo el ordenamiento jurídico.”<sup>29</sup>

De la misma manera, la doctrina jurisprudencial ha previsto los siguientes parámetros, como el mínimo a considerar por el juez constitucional en cada situación particular al efectuar el análisis y evaluación de los presupuestos de procedibilidad para la inaplicación de las normas limitantes del POS:

(i) La urgencia del caso<sup>30</sup>, que se refiere a la severidad del compromiso de la vida o funcionalidad del paciente; esto, ante la necesidad inmediata de conservar la vida o de prevenir consecuencias o secuelas críticas en la integridad personal, como elemento determinante de la conexidad entre la falta de atención y los derechos fundamentales; se debe entonces establecer que haya una amenaza cierta de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues de lo contrario, no se puede obligar a las Entidades del Sistema a asumir cargas ajenas a sus compromisos, cuando sin los medicamentos o tratamientos excluidos, no peligran tales derechos;

(ii) La pertinencia o aptitud que el medicamento o procedimiento excluido del POS tenga en el tratamiento para lograr la recuperación o alivio en los padecimientos de salud en aras a la conservación de la vida, de ésta en condiciones de dignidad e integridad personal del paciente, así como la imposibilidad de que éste sea reemplazado por otro del POS que tenga en la salud del paciente los mismos efectos; lo cual, además del criterio médico, se medirá por aspectos tales como la oportunidad o inmediatez, pues como se advirtiera, la persona no

puede ser sometida a la prolongación de sus sufrimientos si estos pueden conjurarse en forma más próxima con los servicios no incluidos en el plan; esta situación se presume evidenciada por la prescripción que de los servicios excluidos hace el médico tratante, cuando en el proceso tutelar no son controvertidos y comprobada la aptitud de la segunda alternativa por la demandada;

(iii) Que se acredite que el paciente carece de recursos económicos suficientes para sufragar la adquisición de los servicios (medicamentos, implementos, exámenes, procedimientos y demás)<sup>31</sup> o de los medios para obtenerlos por otra vía<sup>32</sup>, criterio donde además, se tendrá en cuenta si el paciente pertenece a alguno de los grupos o categorías que por mandato constitucional expreso, jurisprudencia constitucional o disposición legal, tiene derecho a una atención preferente por parte del estado<sup>33</sup>; y

(iv) Que la prescripción del medicamento la haya efectuado un médico vinculado al ente obligado a la atención del paciente; situación que de no ser discutida por la accionada o desvirtuada por otro medio durante el proceso tutelar, debe presumirse respecto de quien suscribe la fórmula.

Cuando se está en presencia de personas que tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinde un trato preferente, refiriéndose concretamente a los casos que involucran niños, ha dicho la Corte para inaplicar las normas que impiden la prestación del servicio a causa de las exclusiones del POS:

“En forma constante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del P.O.S. a menores de edad, vulnera el artículo 44 de la Constitución Política que consagra

como derechos fundamentales de los niños, y con carácter preferente, los derechos a la salud y a la seguridad social”<sup>34</sup>.

“Los criterios expuestos se pueden resumir así : el derecho a la salud de los niños es fundamental autónomo; tratándose de menores que sufren alguna discapacidad o limitación, sobre ellos se predica que tienen derecho a exigir doble deber de protección de sus derechos fundamentales; para la atención en salud de estos menores, las entidades prestadoras del servicio deben distinguir la situación de ellos y la de las demás personas que ni son niños, ni sufren discapacidad; en algunos casos debe otorgarse la protección con independencia de la situación económica de los padres”<sup>35</sup>

“En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud que cumple alguna de las anteriores características demanda una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación,, lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o pedir que el usuario sea atendido en otra institución.

[...]

De ese modo, el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de responsabilidad respecto de la atención de sus usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en ellos, el paciente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado.”<sup>36</sup>

Se reitera entonces la conclusión a que consistentemente ha llegado la Corporación cuando

la omisión de un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas físicos o psicológicos afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano, donde ha señalado que en estos eventos, con la aplicación de la reglamentación que excluye servicios del plan obligatorio de salud, se desconoce el postulado de prevalencia de los derechos del menor contenido en el artículo 44 Superior, en concordancia con los tratados internacionales sobre los derechos de los niños<sup>37</sup> y por tanto, procede su inaplicación; pues la prevalencia establecida, implica el deber de la sociedad y de los entes estatales de salvaguardar la salud de los niños y proporcionarles un mejor modo de vida, por encima de otros derechos<sup>38</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Se ha considerado por la Jurisprudencia, que en materia de tutela también es aplicable el principio general de derecho probatorio, según el cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. Y así, refiriéndose a la demostración de la incapacidad económica para asumir el costo de los procedimientos o medicamentos excluidos del POS, ha indicado que, como no existe una tarifa legal para su prueba, entonces, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad y para ello se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Constitución Política<sup>39</sup>. Sin embargo, ha previsto unas reglas probatorias en esta materia, que se han expuesto así<sup>40</sup>:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe

tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad". (Resalta la Sala)

De lo transcrito se recalca que ha indicado la Corporación, que de manera correlativa le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario a lo alegado por el accionante sobre su capacidad económica, so pena de que por la mera afirmación de incapacidad del actor que no es desvirtuada, se aplique la presunción de buena fe en su manifestación y con ella se tenga por acreditada tal circunstancia.

En consecuencia, es con la aplicación de las anteriores reglas probatorias acogidas por la jurisprudencia constitucional, que se logra revelar para el caso concreto la exigencia de que la incapacidad económica del accionante debe estar probada para que por la acción de tutela pueda protegerse el derecho a la salud ordenando el suministro de un servicio excluido del POS, toda vez que los afiliados al Sistema que cuenten con capacidad de pago para costear las prestaciones médicas que requieren y que no estén incluidas en el Plan, han de asumir el valor que les corresponda, con el fin de mantener el equilibrio financiero del Sistema<sup>41</sup>. Ha de tenerse en cuenta también, según lo ha establecido la misma interprete constitucional,

que se presume que quien haga parte del régimen contributivo, cuenta con capacidad de pago<sup>42</sup>; pero, que no obstante, dicha presunción no opera de manera absoluta y en tal medida deben atenderse las particularidades de cada caso<sup>43</sup>, no siendo por ello suficiente este hecho para negar el amparo solicitado. Así, si bien el afiliado posee algún ingreso por lo que pertenece al régimen contributivo, debe considerarse si éste le es suficiente para asumir el valor del tratamiento excluido del POS y a su vez, que le permite financiar las demás obligaciones personales, familiares y económicas. Al respecto, en la Sentencia de Unificación SU-819 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte señaló:

“el usuario del servicio de salud que cuente con recursos económicos para comprar los medicamentos que no estén en el listado de cobertura del POS deben ser asumidos por ellos, sin embargo, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados para vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario<sup>44</sup>”.

(Subrayas fuera de texto).

Y en el mismo sentido, en la sentencia T-666 de 2004<sup>45</sup>, la Corporación al hacer referencia a la noción de gastos soportables como principio desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 4<sup>º</sup>, sostuvo que éste permite aplicar el principio de proporcionalidad en las cargas económicas del afiliado para que en algunos casos, contando con ingresos, no pueda exigírsele que estos sean destinados a la satisfacción de los servicios de salud que están excluidos del POS, sacrificando el goce de otros derechos, lo que se explicó en los siguientes términos:

“Nótese que este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”

“El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo”.

Entonces, ha dictado la jurisprudencia que en el análisis del presupuesto de la incapacidad de pago alegada por el accionante para asumir el costo de los servicios excluidos del POS, debe valorarse por el juez si a pesar de la existencia de recursos, éstos son o no suficientes para ello y para costear las demás obligaciones personales, familiares y económicas del accionante, que hacen parte de su presupuesto y gastos ordinarios, que le proporcionan una vida en condiciones dignas; pues debe evitar que esta situación se afecte por asumir una “carga desproporcionada frente al equilibrio familiar”, labor en la que aplicará las mismas reglas de valoración probatoria que se han expuesto para la demostración procesal de este requisito de procedencia; por tanto, si en la actuación no se desvirtuó probatoriamente la afirmación indefinida de incapacidad económica, debe aceptarse la presencia de tal hecho

aplicando la presunción de buena fe como se ha referido.

### 3.- Caso Concreto.

La situación fáctica planteada en esta ocasión, muestra que el menor Santiago Tamayo Quevedo, desde su nacimiento, padece de reflujo gastroesofágico que por la regurgitación, le impide una normal asimilación de los alimentos que ingiere, haciendo que por prescripción médica su nutrición deba ser complementada con algunos medicamentos que no se encuentran dentro de los de suministro por parte del plan obligatorio de salud, ni están cubiertos por el contrato de medicina prepagada suscrito por su padre y del que el niño es beneficiario, razón fundamental por la que las accionadas se niegan al suministro de los mismos. El padre alega que sus recursos económicos ya son insuficientes para seguir costeando de su peculio el gasto de las medicinas, situación no controvertida por las accionadas pero que el fallador de instancia al negar la tutela interpuesta por los anteriores hechos, consideró desvirtuada ante la constatación de que el demandante sufraga otros gastos que podría suspender para atender los requerimientos de salud del niño.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Para el presente caso, en la actuación se ha establecido la afiliación del niño como beneficiario de su padre demandante a los servicios de salud que prestan la empresa de medicina prepagada Colsanitas S.A. y a la ESP Sanitas46, considerando por ello la Sala, que al tratarse de un menor, se encuentra satisfecho el presupuesto procesal de legitimación para actuar, al igual que, de acuerdo con las actuaciones surtidas en la instancia de tutela, la integración del contradictorio fue realizada en debida forma.

De igual manera, se ha comprobado que el niño padece de “reflujo gastroesofágico<sup>47</sup>”, y de “alergias<sup>48</sup>” asociadas a la ordinaria ingestión de algunos alimentos básicos en la alimentación como son la leche, la carne porcina y los huevos, para cuyo tratamiento se le prescribieron por la médica pediatra tratante el suministro de los medicamentos : 1)

suplemento proteínico y sustituto de la leche “Petit Junior” en dos tomas diarias de 8 onzas cada una; 2) para control y manejo directo del reflujo, “Harmetone” en 3 dosis diarias de 2.5 ml. Cada una; 3) para el control del vómito, “Plasil” 3 tomas diarias de 10 gotas cada una; 4) para el tratamiento de las alergias a los alimentos, “Zyrtec” en 2 tomas diarias de 5 gotas cada una; y 5) como sustituto del calcio, 5 ml. diarios de “Kid Cal”, de los cuales no le han provisionado las accionadas según su propia manifestación.<sup>49</sup>

La negativa de la accionada Colsanitas S.A., Medicina Prepagada, se funda en el hecho de que el contrato con ella suscrito, excluye de manera expresa el suministro de medicamentos para tratamientos ambulatorios, como el que se sigue con el menor, lo cual acredita con la transcripción de las cláusulas pertinentes del convenio suscrito, que aunque no fueron controvertidas por el accionante ni son el objeto central de esta reclamación, con sus pretensiones el actor hace ver su disconformidad con estas disposiciones, al considerar que por el monto mensual que paga por el servicio, esa empresa debería atender de manera integral los requerimientos de salud de su hijo. Al respecto, la Sala siguiendo la jurisprudencia de la Corte en que se considera que siendo el contrato de medicina prepagada un negocio jurídico de carácter particular, se rige por las disposiciones concertadas a las que deben ceñirse las partes<sup>50</sup>; y habida cuenta que para su control y ejecución se ha definido por el legislador un procedimiento e instancias de conocimiento que se encuentran reglamentados, es a ellas a las que se debe acudir para cualquier reclamación al respecto, excluyéndose estas controversias como materia de tutela.

Ciertamente la Corte ha precisado que la naturaleza de este contrato estrictamente de orden privado, pues la garantía de los mismos no vincula al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad, sino que son financiados con cargo exclusivo a los recursos que voluntariamente cancelen los particulares, para obtener una mayor cobertura en los servicios de salud<sup>51</sup>. Por tanto, no puede obligárseles a esas empresas a asumir cargas no contratadas, por ser la medicina prepagada una modalidad adicional y alternativa de atención en salud, que se hace efectiva a través de la suscripción voluntaria de un contrato particular entre el usuario y la entidad prestadora del servicio, en el que el primero se obliga

a la cancelación de una suma periódica o precio y, la segunda, en contraprestación, a la atención médica incluida en un plan de salud preestablecido y consignado en el contrato. 52

En este contexto, no ve la Corte vulneración de derechos por parte de Colsanitas S.A. al atenerse al contrato suscrito; y por ello, considera que no procede la acción de tutela en contra de esta accionada, pues como lo ha sostenido en oportunidades anteriores donde a través de esta vía se han reclamado de empresas de medicina prepagada la asunción de prestaciones ajenas a las expresamente pactadas, no hay posibilidad jurídica de que a través de esta acción se irrumpa en la esfera del derecho privado y es por ello que han sido negadas<sup>53</sup>. La Corporación al diferenciar las relaciones entre de los usuarios con las EPS y con las empresas de medicina prepagada, ha dicho concretamente:

“mientras las primeras derivan de normas imperativas propias de la seguridad social, las segundas se originan en la libre voluntad de los afiliados, quienes deben contratar los servicios de un plan de medicina prepagada para mejorar la calidad de los servicios de salud que reciben. De esta manera, mientras la relación entre una E.P.S. y un afiliado es de derecho público, la que surge entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es básicamente de derecho privado, aunque tienen ciertas dimensiones públicas en tanto involucra la realización de derechos fundamentales del contratante”.<sup>54</sup>

“Es claro entonces, y así lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que en virtud de los principios de la buena fe y la seguridad jurídica, las partes deben sujetarse estrictamente a las cláusulas que con claridad han sido estipuladas por las partes en el contrato de medicina prepagada suscrito, y concretamente a las exclusiones de cobertura de algunos procedimientos que se encuentren expresamente pactadas en el documento contractual, por tratarse de ley para las partes.<sup>55</sup>

Y así, ha dispuesto La Corporación en relación con la competencia para dirimir lo relacionado con las obligaciones de la empresas de medicina prepagada que:

“De otra parte, también es cierto, que desde las sentencias T-533 de 15 de octubre de 1996, reiterada por la T-250 del 27 de mayo de 1997, pasado por la T-307 de 1997, hasta llegar a la SU-039 de 1998, esta Corporación ha sostenido que, en el evento de que se presente una controversia contractual, en materia de medicina prepagada, ella debe ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, también lo es que opera la tutela con efectos temporales y aún definitivos; cuando las circunstancias del solicitante lo ameriten para proteger la salud y en conexidad con ella la vida del contratante o aún de los beneficiarios de la relación jurídica. En este mismo sentido, se debe reiterar, el criterio jurisprudencial anterior, en relación con las controversias contractuales derivadas de los negocios jurídicos de medicina prepagada, según el cual, las partes cuentan con otros medios judiciales propios, de resolución que hacen inoperante la acción de tutela,...”<sup>56</sup>

En resumen, es aplicable entonces para este caso la jurisprudencia de esta Corporación respecto de las exclusiones de los contratos de medicina prepagada, según la cual,

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“tratándose de medicina prepagada, si en el contrato expresamente se excluyeron unos tratamientos, por tratarse de un contrato privado no puede aplicarse la jurisprudencia sobre las EPS que manejan fondos parafiscales. Luego cualquier duda debe resolverse por jurisdicción diferente a la constitucional y en tal sentido le asiste razón a los juzgadores de

instancia. Además, si se pactó expresamente una exclusión, no se atenta contra la buena fe si se invoca la cláusula contractual que concretamente señala la excepción.”<sup>57</sup>

Ahora bien, en el caso se ha evidenciado que el no suministro de los medicamentos mencionados, pone en riesgo la salud e integridad del menor y con ello es ostensible la afectación de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal, por lo que deben ser protegidos por el juez constitucional. No cabe duda alguna de esta situación ante la documentación médica aportada en que se evidencian sus afecciones; y sin pretender la Corte emitir opiniones médicas que están fuera de su órbita, es palmaria la conclusión que con base en los diagnósticos de inmunología, de percentiles de crecimiento y del objetivo de los medicamentos recetados<sup>58</sup>, su desarrollo físico y hasta mental e intelectual pueden verse afectados a causa de una latente desnutrición.

Siendo así, no puede quedarse el menor sin la protección en salud que requiere y la cuál está constitucionalmente a cargo del Estado a través de las entidades respectivas, para el caso, la EPS Sanitas; por lo tanto, en la evaluación que es necesaria para establecer en el caso los presupuestos de inaplicación de las exclusiones del POS, la Sala hace las siguientes consideraciones:

1. De acuerdo con el cuadro médico de los padecimientos del menor, acreditados como se dijo anteriormente, para la Sala no ofrece ninguna discusión la presencia del requisito referente a que debe estar demostrado que el niño requiere con urgencia de los medicamentos solicitados para preservar su pleno desarrollo funcional e integridad personal, en una clara indicación que por la carencia de su suministro, se afectan tanto su derecho inalienable a la vida, como su derecho fundamental a la salud, entre otros.

2. Igualmente, se estima presente la segunda de las exigencias jurisprudenciales de procedibilidad, toda vez que, no se estableció ni se discutió en el proceso, que en el POS existan medicamentos sustitutos o alternativos con los que se puedan reemplazar los recetados al menor y que se encuentran excluidos de esa reglamentación, para que se le proporcionen los mecanismos de asimilación de los nutrientes que inobjetablemente requiere el paciente para lograr su desarrollo y una mejor calidad de vida, así como tampoco se acreditó que se cuente con un medio distinto para que le sea suministrado.

Al punto, cabe anotar que la EPS accionada alega no haber sido requerida por el accionante en forma directa para el suministro de los medicamentos, y que mucho menos los interesados han impulsado la realización de un Comité Científico de la entidad que evalúe la procedencia de ello. Pero ante la evidenciada conexidad o identidad administrativa de las dos empresas integrantes aquí de la parte demandada, donde, como se registró, tienen una misma persona como administradora, dicho argumento no puede ser de recibo, pues la situación era ampliamente conocida por ella; y así, como es la misma funcionaria la que a favor de la empresa de medicina prepagada en la respuesta a esta acción anuncia que la obligación estaría a cargo de la EPS previa la realización del Comité Científico, ha debido cumplir con el deber que como ente vinculado al sistema, tiene de informar en forma completa al usuario en forma oportuna, de impulsar y coadyuvar en el trámite respectivo, pues al afiliado le es ajeno efectuar la convocatoria respectiva. Con su actuar omisivo, resulta evidente que la EPS mencionada ha vulnerado y puesto en peligro los derechos fundamentales del niño a que se ha hecho referencia.

3. En cuanto al requisito referente a que los padres del menor no pueden sufragar los gastos del medicamento, la Sala de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales que se han reseñado en esta providencia, a los que no se avienen las consideraciones del fallador de instancia al respecto, encuentra que ante las particulares circunstancias del caso, sí está establecido, si se tiene en cuenta que la insuficiencia económica alegada como sobreviniente por el padre del menor, no fue desvirtuada por las accionadas como lo exige la interpretación constitucional, y que la conclusión de suficiencia económica en el petente a que llegó el juez

no cuenta con apoyo diferente a sus íntimas apreciaciones y por ello, no responde a las reglas jurisprudenciales prefijadas para el efecto.

Evidentemente, en las respuestas de las accionadas al respecto, no se suministran datos ciertos con qué demostrar que el actor pudiera seguir costeando tales gastos; pues, teniendo la facilidad de controvertir su afirmación de no contar con ellos, en una forma directa con los registros de sus bases de datos<sup>59</sup>, únicamente expresan en sus alegaciones que “el juez debe establecer la realidad de la incapacidad económica alegada”. Se observa entonces que al punto, la accionada no asume la carga de la prueba que por inversión debía atender como en forma reiterada ha señalado la jurisprudencia al sostener que “(ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario”, y en consecuencia, se da el presupuesto advertido por la interprete constitucional en las reglas probatorias en esta materia, consistente en que “(v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”

Ahora bien, la apreciación del fallador de instancia de que se comprueba capacidad económica en el accionante al simplemente comparar los montos de los gastos que implican al actor los medicamentos que requiere el niño y los que asume por concepto de medicina prepagada para proponer como solución la supresión de éstos últimos para atender los primeros, desatiende las consideraciones efectuadas por la jurisprudencia respecto del principio del gasto soportable, como criterio necesario para evaluar la verdadera capacidad económica de los usuarios del sistema de seguridad social en salud, tornándola en una conjetura subjetiva que no puede ser de recibo porque no se infiere de bases reales; es decir, no es esta una prueba, ni el juicio de deducción indiciaria efectuado es conducente para fundamentar la desestimación que hace de la incapacidad económica alegada por el actor, puesto que al respecto no ejerció ninguna actividad para comprobar la realidad económica

cuestionada como lo ha recomendado la jurisprudencia decantada al respecto<sup>60</sup>.

Es evidente que el principio del gasto soportable a que se aludió en las consideraciones precedentes<sup>61</sup> ha debido ser aplicado en este caso, pues si bien existe una capacidad económica en el accionante con la que hasta la interposición de la tutela había podido asumir los gastos de los medicamentos porque en un principio se le había indicado que eran por los primeros nueve meses de vida de su hijo, el deterioro de la salud del niño introdujo un cambio en esta situación al hacer que el tratamiento sea por término indefinido y así, es que el actor ha estimado que la carga se le torna en excesiva frente a su presupuesto familiar; argumento que se insiste, no fue desvirtuado en debida forma y que la Sala encuentra razonable ante la cuantificación que el petente hace de los medicamentos -cercana al medio millón de pesos mensuales- y a la cuál no hubo oposición alguna en la actuación; por lo que, partiendo de la presunción de buena fe instituida en la Carta Suprema, debe dársele crédito.

Siendo así, disponer en este caso que sea con el desamparo de otros derechos como lo es la mejor cobertura de los servicios de salud y seguridad social que el actor ha procurado a su familia al contratar servicios de medicina prepagada, que se produciría al destinar los recursos con que la atiende a la compra de los medicamentos que la E.P.S. no está en la obligación de asumir, reñiría con los reiterados criterios jurisprudenciales, en que fundamentados en el principio de los gastos soportables se ha determinado la aplicación del principio de proporcionalidad en las cargas que deben asumir los afiliados al sistema frente al equilibrio familiar y en protección a los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales, con el objetivo de garantizarle una vida en condiciones dignas<sup>62</sup>.

4. Finalmente, sin mayores consideraciones para la Sala se encuentra igualmente dada la exigencia jurisprudencial de que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante, habida cuenta que no hubo de parte de esta accionada ninguna objeción al respecto.

Conforme a lo expuesto, se ha establecido que en este caso se cumplen plenamente los requisitos jurisprudenciales para que en aras a la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física del menor Santiago Tamayo Quevedo, se inapliquen las disposiciones que al regular los cubrimientos del plan obligatorio de salud, excluyen del mismo los medicamentos, "Petit Junior", "Harmetone" "Plasil", "Zyrtec" y "Kid Cal", prescritos al niño y por ello, la EPS Sanitas deberá suministrárselos quedando facultada de efectuar el recobro al Fosyga63, esto ante la establecida incapacidad económica de su progenitor para seguir asumiendo su costo que le representa un gasto excesivo, no soportable.

En estas circunstancias, no ve la Corte que por la anterior decisión se genere desequilibrio financiero en el sistema o que en momento alguno se esté procurando un desequilibrio o tratamiento desigual entre los afiliados al mismo como lo consideró el juez de instancia, toda vez que, al haberse establecido la presencia de todos los presupuestos que la misma ha señalado para que se justifique la inaplicación de esas disposiciones por lesionarse con su observancia derechos fundamentales, se ciñe a sus propios lineamientos, dentro de los cuales el solo hecho de tener el paciente cubrimientos adicionales para la protección de su salud, como es la medicina prepagada, no puede ser óbice de facto para que contando con la acreditación pertinente de los requisitos por la Corporación exigidos, también deba ser cobijado por esa medida; de lo contrario, sí se le pondría en situación de desigualdad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, Valle, el 5 de septiembre de 2005 y en su lugar CONCEDER a favor del menor Santiago Tamayo Quevedo la tutela impetrada por su padre Jaime Tamayo Rivera por los derechos fundamentales de los niños a la salud, seguridad social integridad personal y vida en condiciones dignas, de acuerdo a lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS Sanitas, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice y suministre al menor Santiago Tamayo Quevedo durante el tiempo y en las cantidades que los pediatras tratantes del niño estimen necesarios, los medicamentos: "Petit Junior", "Harmetone", "Plasil", "Zyrtec" y "Kid Cal", así como los demás y los procedimientos, exámenes y tratamientos, que la atención integral a su salud por el padecimiento de que da cuenta esta actuación le prescriban los facultativos, sin que se pueda oponer para su negativa la reglamentación del POS.

TERCERO. DECLARAR que la EPS Sanitas está facultada para reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA- aquellos valores que no está obligada a sufragar por la atención del menor.

CUARTO. Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Auto a folio 37 del cuaderno de tutela.

2 Con los respectivos “ Certificado de Agencias” expedidos por la Cámara de Comercio de Cali, obrantes a folios 32 y 45 de la actuación.

3 Respuesta en memorial a folio 28 y siguientes.

4 Folio 39 y ss.

5 Invoca la sentencia SU-683 de 2000.

6 Cita la sentencia T-683 de 2000.

7 Desde fecha 23/04/2004.

8 Folios 7 y 8.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

10 A folios 10 a 13.

11 Folios 14, 22, 23.

12 Folios 16 y 17, respectivamente.

13 Folios 18 y 19.

14 Folio 21.

15 Ver entre otras sentencias SU-111 de 1997, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz; T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Artículo 86 C.P.

17 Ver entre muchas otras, de los más recientes pronunciamientos las sentencias T- 704 y T- 747 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-265 y T-342 de 2005 M.P Jaime Araujo Rentería ; T-069 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-05 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández..

18 Sentencia T-286 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz. Sentencias en el mismo sentido: T-556 de 1998 y T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-322 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

19. Sentencia SU-225 de 1998 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

20 Conclusión jurisprudencial enunciada desde la Sentencia T- 556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, en concordancia con los pronunciamientos de las T- 286 de 1998 y T- 640 de 1997..

21 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

22 Sentencia T-1008 de 2004

23 Cfr. sentencias T- 940, T- 836, T-835 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-855 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-442 de 2000 M. P., Antonio Barrera Carbonell.

24 Con este criterio doctrinal, se han resuelto favorablemente para los actores las tutelas decididas en sentencias como las T-399 , T-1233 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-442 de 2000

25 Ver entre muchas otras, las sentencias T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-342 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-05 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T-270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-706 de 2003 y T-421 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

26 Al respecto, ver Sentencias T-114 y T-640 de 1997, SU-480/97, SU-819/99; T-442/94; T-691/98; T-875/99; T-685/98, T-514 de 1998, T-556 de 1998.

27 Ver entre otras las Sentencia SU-819/99 y T-160/01.

28 Desde la sentencia T-286 de 1998 M.P., Fabio Morón Díaz, se esbozaron los eventos que la jurisprudencia ha admitido para la inaplicabilidad de las restricciones del POS y que en forma reiterada se han reproducido en las decisiones de la Corte sobre la materia, entre las cuales pueden ser confrontadas, entre muchas otras, las referidas en la cita 27 y en fallos más recientes como las sentencias T-002 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra , T- 928 de 2003 y T-399 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

29 Reiterada en sentencia T-924 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

30 Dentro de las disposiciones que organizan el SGSSS, el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, del hoy Ministerio de Protección Social, define una urgencia como “ la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras”.

31 La jurisprudencia ha considerado que la sola afirmación del afiliado de carecer de recursos para sufragar el medicamento, por ser una negación, invierte la carga de la prueba en contrario hacia el ente perteneciente al Sistema General de Salud, obligado con el afiliado. Cfr. En este sentido, entre otras, sentencias T-683 de 2003, M.P, Eduardo Montealegre Lynett;; reiterada en las sentencias T-744 de 2004, M.P, Manuel José Cepeda Espinosa, T-499 y T-654 de 2005, M.P, Rodrigo Escobar Gil y T-514 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 En la Sentencia T- 513 de 2002, M.P., Clara Inés Vargas Hernández, la Corte ha precisado y reiterado la obligación que los entes vinculados al sistema, tienen de informar en forma completa al usuario, sobre la forma como puede acudir a otras instituciones para conseguir la atención médica que requiere, señalándoles términos perentorios para satisfacerla. Esto en aplicación de lo dispuesto por el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en concordancia con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, que dispone que los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales tendrán la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta; y por considerar que “...las deficiencias en la efectiva prestación del servicio de salud en todo el territorio nacional obedecen más a la falta de orientación e información que se le debe suministrar al usuario, que a una verdadera e insuperable carencia de recursos, o a la eventual negligencia de uno u otro funcionario de la institución que debe realizar el procedimiento o suministrar los medicamentos”.

33 Entre las disposiciones constitucionales, sobre la prevalencia de los derechos de los niños se citan los artículos 44 y 50 de la Carta Política; en las normas legales, el numeral 2 del literal A del artículo 157 de la ley 100 de 1993 dispuso que dentro de los afiliados al régimen

subsidiado, entre otros, tendrían especial importancia los niños menores de un año. Son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales, como los que se citan en este fallo, que refieren y desarrollan las disposiciones anteriores. Sobre las personas que por sus particulares condiciones, ameritan un trato preferente por parte del Estado, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-036 de 1995 M.P., Carlos Gaviria Díaz; T-411 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 666 de 2004 M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes, T-738 de 2003 M.P., Jaime Araújo Rentería y T- 399 de 2004, M.P., Clara Inés Vargas Hernández.

34 Sentencia 399 de 2004, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

35 Sentencia 801 de 2004, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

36 Sentencia T-738 de 2003 M.P., Jaime Araújo Rentería . En este caso se refirió la sentencia a personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en estado de debilidad manifiesta y a los derechos de salud de los niños y adolescentes, sintetizando los eventos como estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo, que ameritaban un trato preferente por parte del Estado.

37 Convención de los Derechos del niño, artículos 3, 6, 23, 24, 26 y 27.

38 Cfr. Sentencia 786 de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. De igual forma puede consultarse el tema entre muchas otras, en las sentencias T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-342 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-05 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T-270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-706 de 2003 y T-421 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

39 Ver sentencias T-683 de 2003, M.P, Eduardo Montealegre Lynett;; reiterada en las sentencias T-744 de 2004, M.P, Manuel José Cepeda Espinosa, T-499 y T-654 de 2005, M.P, Rodrigo Escobar Gil y T-514 de 2005, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-654 de 2005, M.P.,Rodrigo Escobar Gil.

40 *Ibíd.*

41 Al punto se precisó en la Sentencia de Unificación 819 de 1999 que: " 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.” Las tutelas T-476 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-02 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-106 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería son casos en los que por no cumplir el requisito de la incapacidad económica para sufragar medicamentos y tratamientos médicos excluidos, la tutela ha sido denegada

42 Sentencia T-666 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes. Artículo 26 del Decreto 806 de 1998.

43 Ver las sentencias T-306 y 372 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

44 Parte final de la sentencia SU-819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis y reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

46 Folios 7 y 8.

47 A folios 10 a 13.

48 Folio 9.

49 Fórmulas a folios 16 a 19. Ver respuesta de las mismas a folios 28 y 39.

50 En la sentencia SU-039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, la Corte precisó: “esa clase de contratos se desarrolla dentro del campo de los negocios jurídicos en la forma de un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos, lo que supone un desarrollo bajo la vigencia de los principios generales que los informan como ocurre con el principio de la buena fe que no sólo nutre estos actos sino el ordenamiento jurídico en general y el cual obtiene reconocimiento expreso constitucional en el artículo 83 de la Carta Política de 1991, como rector de las actuaciones entre los particulares, significa que, desde su inicio y especialmente durante su ejecución, al incorporarse el valor ético de la confianza mutua en los contratos de medicina prepagada, se exige un comportamiento de las partes que permita

brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de las prestaciones acordadas”

51 Cfr.. Sentencia T-549 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

52 Sentencia SU-1554 de 2000 en que se precisa que el artículo 18 del D.R. 806 de 1998 define lo pertinente al Plan Adicional de Salud, de la siguiente manera: “Se entiende por Plan de Atención Adicional aquel conjunto de beneficios opcionales y voluntarios, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria”. “El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares como un servicio privado de interés público cuya prestación no corresponde al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias”.

53 Cfr. Entre otras, sentencias T-732 de 1998 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, T-533 de 15 de octubre de 1996, reiterada por la T-250 del 27 de mayo de 1997, T-307 de 1997, SU-039 de 1998.

54 Cfr. Sentencias T-533 de 1996, T-290 de 1998 y T-731 de 2004.

55 T-1132 de 2003.

56 Sentencia T-732 de 1998 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

57 Sentencia T-105 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

58 Folios 14, 22, 23.

59 En la sentencia T- 113 de 2002, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, reiterada entre otras, en la T-409 de 2005 M-P., Clara Inés Vargas Hernández, la Corte al insistir en la aplicación del criterio jurisprudencial de la inversión en la carga de la prueba hacia las entidades del sistema de seguridad social, cuando los afiliados presenten afirmaciones negativas sobre su capacidad económica para sufragar gastos relativos al mismo, ha dicho que estas cuentan con los mecanismos, instrumentos y herramientas necesarios para controvertirlas, confrontarlas y desvirtuarlas de ser el caso, lo cual deberán hacer o promover ante el juez de la tutela.

60 Se recuerda que la cuarta regla de valoración probatoria de capacidad económica establecida por la jurisprudencia indica que : “ (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS “

61 Ver desarrollo del punto 2.2.1. de esta sentencia.

62 Este criterio ha sido aplicado por la Corte para amparar por la vía de la tutela situaciones similares. Cfr. entre otras, Sentencias, T-306, T-372 y 771 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

63 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, entre otras.