

Sentencia T-421/01

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen contributivo y subsidiado

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Obligaciones

El Sistema tiene dos obligaciones de diversa fuente al frente de la prestación de los servicios médicos de sus afiliados, de una parte, por intermedio de las administradoras, deberá cumplir con los procedimientos y tratamientos previstos en el P.O.S, sin ningún condicionamiento, y de otra, cuando los cotizantes demuestren incapacidad económica para atender la prestación de servicios indispensables, no incluidos en el Plan, siempre que resulte posible valorar su oferta de pago, deberá subvencionar dicha prestación o asumirla íntegramente, por intermedio de instituciones públicas o privadas contratadas para el efecto.

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

CARGA DE LA PRUEBA-Demostración de los padres de no estar en capacidad económica para suministrar medicamento

Referencia: expediente T-402.809

Acción de tutela instaurada por Gonzalo Martínez Salcedo contra Salud Colpatria S.A. E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de abril del año dos mil uno (2001).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime

Araujo Rentería, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Gonzalo Martínez Salcedo, en representación de su menor hija Silvia Juliana Martínez González, contra Salud Colpatria S.A. E.P.S.

I. ANTECEDENTES

El señor Gonzalo Martínez Salcedo instauró acción de tutela, en calidad de representante legal de Silvia Juliana Martínez González, en contra de Salud Colpatria S.A. E.P.S., por considerar que dicha entidad, a la cual se encuentran afiliados como cotizante y beneficiaria, respectivamente, ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida y salud de la niña, debido a que se ha negado a suministrarle un medicamento, que le fuera ordenado por su médico tratante, aduciendo que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

El actor solicitó la protección de los derechos mencionados, aduciendo, además, que no suministrarle a la menor un medicamento que requiere para su crecimiento “es obligar a la niña a que sea una disminuida física más, no obstante el artículo 47 de la Constitución Política establecer que a estas personas se les prestara la atención especializada que requieran”.

1. Hechos

1. La menor Silvia Juliana Martínez González, hija de Gonzalo Martínez Salcedo y Alba Patricia González Plata, cuenta con 14 años de edad, puesto que nació el 30 de diciembre de 1987 (folio 2).

1. El señor Gonzalo Martínez Salcedo y su grupo familiar, se encuentran afiliados al Sistema

de Seguridad Social en Salud desde de 1996 -por intermedio de la entidad accionada desde el 1 de marzo de 2000 (folio 38), antes por conducto del Seguro Social (folio 133 ss.)-.

1. En virtud de que el crecimiento de su hija le parecía retardado, el accionante acudió, en forma particular, al endocrinólogo Dr. Juan Bernardo Pinzón Barco -adscrito a la entidad accionada-, quien desde el 6 de febrero de 1999 la mantuvo en observación hasta que, el 14 de abril de 2000, determinó que “(..) su talla de 136.8 centímetros presentaba una dinámica de crecimiento inferior a p3, y por lo tanto diagnosticó que se trataba de un déficit Neurosecretor de GH por lo que decidió la necesidad de iniciar un tratamiento con Hormona recombinante humana (Biotropin) a dosis de 17 unidades por semana.”. Al respecto, el galeno, en informe rendido el 14 de marzo de 2001, manifiesta: “[S]e inició tratamiento el 15 de mayo de 2000 con Hormona del Crecimiento recombinante humana por vía subcutánea, en aplicación diaria y que recibe actualmente en dosis de 21 unidades semana (fraccionada en los siete días).”

1. El accionante gestionó ante la accionada, durante un mes, el suministro de la droga ordenada por el médico de la menor. Sin embargo, dicho suministro no le fue autorizado por el Comité Técnico Científico de Salud Colpatria, “(..) por no estar contemplada como medicamento del acuerdo 83 y no ser esencial para garantizar el derecho a la vida” -folio 122-.

1. El demandante ha tenido que adquirir, con sus propios recursos, el medicamento “Biotropin”, con el objeto de atender el padecimiento de la menor. Por este concepto ha cancelado a Laboratorios Chalver de Colombia S.A., \$1'108.800.00, \$369.000.00 y \$554.400.00, en tres oportunidades, entre el 11 de mayo y el 29 de julio de 2000.

1. El tratamiento recibido por la menor ha evidenciado una mejoría en su ritmo de crecimiento, tal como lo informan el concepto de evaluación rendido por el Instituto Nacional

de Medicina Legal, “(..) sin llegar a tener un desarrollo pondoestatural normal”, y el del médico endocrinólogo, atrás nombrado, “ (..) [P]osterior al inicio de la Hormona del crecimiento, Silvia Juliana pasó de velocidades de crecimiento de 3.8 cm/año a sus niveles actuales que oscilan entre 7.8 y 9.39 cm/año.”

2. Informe rendido por la entidad accionada

La entidad accionada, a través de su representante legal, respondió a la demanda en los términos que se sintetizan a continuación:

De antemano manifiesta que la menor se encuentra vinculada como beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud, a través del señor Gonzalo Martínez Salcedo, desde el 1º de marzo de 2000. Que la niña fue tratada por el doctor Juan Bernardo Pinzón Barco, “médico no adscrito a SALUD COLPATRIA S.A. E.P.S.”, quien estableció que presentaba una estatura más baja que el promedio normal de su edad, por lo que finalmente le recetó la aplicación del medicamento “Biotropin”, en dosis de 17 unidades por semana.

Indica que el suministro de la droga fue solicitado a la E.P.S., pero que el mismo fue negado por el Comité Médico de Salud Colpatria S.A., “en atención a los antecedentes de estatura y edad del menor, éste se encontraba dentro de los parámetros normales para el inicio de la pubertad” y que el medicamento no estaba contemplado por el Acuerdo 83 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como parte del P.O.S., situación que además, fue comunicada a los padres de la niña.

Igualmente advierte que la niña Silvia Juliana, de doce años de edad, se encuentra dentro de los parámetros considerados normales y aceptables del desarrollo de la pubertad, fijado entre los 9 y 16 años de edad y aún a tiempo de manifestarse. Además, que “su estatura de 136.8 centímetros es una estatura baja dentro de los rangos normales de estatura para las niñas de 12 años. Sin embargo, estando dentro de la edad normal para que su pubertad se manifieste y no estando su estatura muy por debajo de los límites de estatura para menores de su edad, no consideramos indispensable un tratamiento de este tipo.”

En ese sentido, señala que la vida de la menor no está en peligro y que su supervivencia no se encuentra amenazada por la negativa de su representada a suministrarle el medicamento, además, que no existe razón para pensar que la dolencia le traiga, a la misma,

consecuencias o trastornos de tipo psicológico, ni que se pretenda evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, puesto que la edad cronológica de la menor se considera normal para el inicio de su desarrollo puberal y no se cuenta con la certeza de que el tratamiento ordenado asegure un mayor crecimiento al esperado inicialmente. Agrega que, por esta misma razón, no hay motivo para pensar en la afectación de la dignidad humana de la niña.

De otro lado, considera, teniendo en cuenta que la observación del crecimiento de Silvia Juliana, por parte del médico endocrinólogo, se inició el 6 de febrero de 1999, que el dictamen del mismo se emitió el 14 de abril de 2000 y que la fecha de afiliación a la E.P.S. se adelantó el 31 de enero de 2000, que “antes de la afiliación al Sistema con SALUD COLPATRIA S.A. EPS, tanto el Médico como el padre de la menor sabían que, por el cuadro de crecimiento lento de la menor, la probabilidad de iniciar el tratamiento hormonal era alto, por el cual el padre de la menor era consciente que el costo del tratamiento debería ser sufragado en su totalidad por él” por lo que sugiere, que el único fin de la afiliación fue el de lograr la cobertura del tratamiento ordenado.

De ese modo, transcribe el literal e) del artículo 64 del Decreto 806 de 1998, que determina las causales de pérdida de antigüedad en el sistema de salud, entre ellas, algunas conductas descritas como abusivas o de mala fe, para indicar que los particulares, incursos en éstas, no pueden obtener beneficios del Sistema General de Salud, “a través de los fallos de tutela, (..)”.

Continúa señalando que las entidades administradoras del Plan Obligatorio de Salud solo se encuentran obligadas a suministrar a los afiliados los servicios que las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 tienen previstos y de conformidad con los requisitos que las mismas imponen.

Agrega, que para dar cumplimiento a sus obligaciones, el sistema otorga a las E.P.S. una suma limitada -U. P. C. o unidad de pago por capitación- que no les permite prestar servicios diferentes a los señalados en las normas, de tal forma que el usuario debe asumir los servicios excluidos, o adquirir un plan de atención complementario. Sin embargo, acepta que, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios, dichas entidades pueden prestar un servicio médico no autorizado, caso en el que el Sistema les deberá reembolsar el costo.

Así las cosas, deduce que la garantía de los derechos fundamentales no implica la gratuidad del servicio de salud, ya que, en virtud del principio de solidaridad, quien posea los recursos para acceder a un tratamiento excluido del P. O. S., deberá sufragarlo por su cuenta y, quien no los posea, podrá acudir a las entidades del Estado para obtenerlo conforme al artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

Finalmente, conceptúa que se debe negar la protección invocada, pero, que si se decide concederla, deberá reconocerse a la accionada el derecho a solicitar del Ministerio de Salud el reembolso de la suma que exceda a los valores de los procedimientos incluidos en el P.O.S., con el fin de que mantenga su estabilidad financiera.

3. Pruebas que obran en el expediente

El accionante, al instaurar la demanda y al impugnar el fallo de primera instancia, aportó los siguientes documentos:

* Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Silvia Juliana Martínez González, nacida el 30 de diciembre de 1987, hija de Alba Patricia González Plata y Gonzalo Martínez Salcedo (folios 2 y 3).

* Copia auténtica de los carnés de afiliación a la E.P.S. accionada, a nombre del accionante y de Silvia Juliana, con fecha de iniciación 1º de marzo de 2000 (folios 4 y 5).

* Copia al carbón del formulario único de la afiliación e inscripción a Salud Colpatria -del régimen contributivo, a nombre del accionante y su grupo familiar -incluida Silvia Juliana-, No. 0146643, diligenciado el 31 de enero de 2000, y en el que se lee, que la entidad anterior de previsión o seguridad social en salud o E.P.S. fue "ISS hasta enero", y, además, que el actor labora en la empresa de transportes Lusitania, en el cargo de asesor de transportes y que cuenta con un ingreso base de \$237.000.00 (folio 68).

* Copia simple de un informe rendido “a quien corresponda” por el doctor Juan Bernardo Pinzón Barco, el 28 de abril de 2000. En dicho documento, el galeno refiere que fue consultado por primera vez, sobre el caso de Silvia Juliana, el 6 de febrero de 1999, luego de dos años de estar en control pediátrico, durante el que se había encontrado “Retardo constitucional del desarrollo (RCD)”. Y que, practicados algunos exámenes, se encontró “cuadro de Baja talla VN con componente familiar y posible RCD. Los paraclínicos solicitados si demuestran retardo pero no significativo con edad ósea de 10 años para pronóstico de Bayley Pinneau de 150.2 en todo el límite de p3 y por debajo de media parental”, que el segundo control se realizó en octubre de 1999, cuando “se consideró dinámica adecuada por lo cual se dejó en observación con recomendaciones”, que controló por tercera vez a la menor en enero de 2000, determinando el pronóstico de Bayley en 148.3 cm, por lo que “dado el empeoramiento del pronóstico y de la velocidad de crecimiento era una potencial candidata a recibir Hormona del crecimiento asumiendo un Déficit Neurosecretor, se decidió no obstante observar por 3 meses más antes de tomar esa decisión”. Agrega que el último control se realizó el 14 de abril de 2000, en el que se encontró una talla de “136.8 cm para una dinámica de crecimiento inferior a p3. Dado lo anterior se decidió que se trataba de cuadro de Déficit Neurosecretor de GH y se decidió iniciar Hormona recombinante humana a dosis de 17 unidades por semana” (folio 19).

* Originales de las evaluaciones practicadas a Silvia Juliana entre el 8 de febrero de 1999 y el 19 de enero de 2000, denominados percentiles de crecimiento y desarrollo puberal (folios 12 a 14), carpogramas (folios 22 y 23), cuadro hemático, estudio hormonal y uroanálisis (folios 24 a 26).

* Original de la evolución médica a cargo de la Clínica Chicamocha, en donde se lee que fue remitida a control por endocrinología, el 19 de junio de 2000, en virtud del tratamiento que se le lleva con hormona del crecimiento recombinante humana (folios 15 y 16).

* Original de la receta expedida el 19 de junio de 2000, por el doctor Gustavo Villabona García, médico internista, endocrinólogo, ordenando 16 ampollas de la “Hormona de Crecimiento xyv” a Silvia Juliana Martínez (folio 11).

* Originales de 5 recibos de caja expedidos por los Laboratorios Chalver de Colombia S.A., por concepto del pago del “Biotropin” Nos. 56122, del 15 de julio de 2000, No. 56120, del 4 de julio de 2000, No. 56119, del 30 de junio de 2000, No.56101, del 11 de mayo de 2000, todos por \$554.400, además se anexa un recibo de caja menor, expedido por el mismo laboratorio, sin número, el 9 de junio de 2000, por valor de \$369.600.00 (folios 6 al 10).

* Requerimiento del actor a la accionada, presentado el 31 de mayo de 2000, para que se autorice el suministro de la droga “Biotropin” a Silvia Juliana (folio 18). Y la respuesta de la requerida a la anterior comunicación en la que el director del P.O.S. de Salud Colpatria, Jorge Fernando Ortiz, informa al padre de la menor que el Comité Técnico Científico de dicha entidad no autorizó la entrega del medicamento porque “no está incluido en el listado de medicamentos que cubre el POS, (..) y no es esencial para garantizarle el derecho a la vida”(folio 17).

* Fotocopia del Manual de Utilización y directorio médico de enero de 2000, expedido por la accionada, en el que figura “Pinzón Barco Juan Bernardo” entre los profesionales con especialización en endocrinología que pueden ser consultados (folio 67).

La E.P.S. Salud Colpatria S.A., aportó copia del formulario de afiliación del accionante, y además, de su certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga (folios 51 y 52).

3.2. Pruebas ordenadas en primera instancia

El fallador de primera instancia citó al accionante a rendir declaración, pero, aunque el actor fue informado, personalmente, de la necesidad de su presencia en el despacho el día 10 de

agosto de 2000 con tal propósito, no acudió a la cita -folio 37-, al igual que nadie contestó las llamadas telefónicas realizadas a los números 6324344 y 6450077, que tenían el propósito de recordarle su comparecencia - folio 53-.

3.3. Pruebas solicitadas por la Sala Novena de Revisión

La Sala Novena de Revisión, mediante providencia del 27 de febrero de 2001, con el fin de aclarar los hechos denunciados, ordenó que se allegara información relativa i) a la afiliación del accionante al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ii) a la patología que aqueja a la menor, iii) al trámite llevado a cabo en la accionada para definir el suministro del medicamento requerido por ésta y iv) a la situación económica de los padres de Silvia Juliana. En respuesta a dicha orden, se recibieron los siguientes documentos:

* El Seguro Social informó que el accionante “figura como afiliado el 9 de febrero de 1998 a los Sistemas de Salud, pensión y Riesgos Profesionales, bajo el empleador EMPRESA DE TRANSPORTES LUSITANIA S.A. (...) Así mismo el 6 de agosto de 1998 hace modificación para el Sistema de Salud incluyendo los Beneficiarios, bajo el mismo empleador...”. Además, anexó relación de novedades del sistema de autoliquidación de aportes en donde el actor figura como cotizante desde 1996 (folios 133 y ss.).

* El endocrinólogo Juan Bernardo Pinzón Barco remitió al proceso, el 14 de marzo de 2000, una descripción del diagnóstico relativo a la patología de la niña y del tratamiento prescrito, igualmente, indicó su estado de salud actual y emitió su concepto sobre el posible tratamiento con una droga incluida en el P.O.S. Para el efecto, el galeno afirma que la niña actualmente es tratada bajo un diagnóstico de “1. Déficit Neurosecretor de Hormona del Crecimiento. 2. Retardo Constitucional del Desarrollo y 3. Baja talla Variante normal secundaria a las dos anteriores”, diagnóstico que, dice, fue producto de una observación, durante 14 meses, de su dinámica de crecimiento, la cual fue “francamente inadecuada, con un pronóstico de su talla final en rango patológico y muy por debajo de la media de sus padres”, por lo que se inició el tratamiento con la “Hormona del Crecimiento Recombinante humana”, aplicable por vía subcutánea en aplicación diaria de 21 unidades cada semana,

fraccionada en los siete días.

Sobre el estado actual de salud de Silvia Juliana, informa que, luego de iniciado el tratamiento, “pasó de velocidades de crecimiento de 3.8 cm/año a sus niveles actuales que oscilan entre 7.8 y 9.39 cm/año”, además, que el pronóstico de su estatura final, según “las predicciones gráficas de Bayley-Pinneau”, se elevó de los 148.3 cm a los 155 cm; también afirma que “[S]u valoración ha sido básicamente clínica, al inicio de su terapia se valoró su función ósea (carpograma), que han revelado un comportamiento maduracional satisfactoria y no excesivo luego del inicio de la terapia anotada”. Finalmente, indica que dentro del P.O.S. no existe tratamiento alguno para el “Déficit completo de hormona del Crecimiento”, ni para el “Déficit Neurosecretor de esta misma hormona” y que en la actualidad se encuentra adscrito a Salud Colpatria Medicina Prepagada y lo estaba también el 28 de abril de 2000 (folio 113).

* El Instituto Nacional de Medicina Legal- Regional Nor-oriente, allegó el informe de la evaluación médica sobre el estado de salud de la paciente, realizada el 5 de marzo de 2001, con apoyo, además, en documentos aportados para dicho examen, tales como “copias fotostáticas de certificados de los especialistas tratantes, fórmulas médicas, folios de una historia clínica y resultados de un carpograma” (que se anexan al informe y corresponden a los aportados por el accionante), los cuales ilustran el tratamiento al que se ha sometido la menor. Igualmente, conceptuó sobre la patología que afecta a Silvia Juliana, el tratamiento que debe seguirse y las implicaciones de no adelantarlos. La evaluación concluyó que: “Tenemos el caso de una menor de sexo femenino, prepúber, de 13 años de edad con una talla de 145 cms, a quién se le ha suministrado hormona recombinante humana por un déficit de hormona del crecimiento, que ocasiona baja talla; también presenta retardo en el desarrollo de caracteres sexuales secundarios y en la maduración ósea. Desde hace 11 meses se le inició el tratamiento, presentando un crecimiento de 9 cms durante este tiempo. Ante esta evidencia clínica, se considera que la paciente viene reportando mejoría debido al tratamiento suministrado, sin llegar a tener un desarrollo pondoestatural normal. Conclusión: 1. Presenta retardo en el desarrollo pondoestatural, secundario a déficit neurosecretor de hormona del crecimiento. 2. Debe continuar el tratamiento con hormona recombinante humana, hasta que el especialista tratante lo considere necesario. 3.- De no hacerlo puede

tener como consecuencia una baja talla, con posible alteración de la autoestima” (folio 139 y ss.).

* El director nacional del Plan Obligatorio de Salud de la entidad accionada remitió copia del acta de la reunión del Comité Médico celebrada el 31 de mayo de 2000, en la que se decidió no autorizar el suministro de la medicina “Biotropin” a Silvia Juliana por “no estar contemplada como medicamento del acuerdo 83 y no ser esencial para garantizar el derecho a la vida. Su no utilización no pone en peligro la vida de la niña” (folios 122 y 123).

* Los padres de la menor, Gonzalo Martínez Salcedo y Alba Patricia González Plata, mediante comunicación recibida el 20 de marzo del presente año, indican, en escrito conjunto, que “a pesar de que en nuestra consideración poseemos un patrimonio aceptable (comparado con la pobreza de la gran mayoría), las implicaciones económicas para el suministro de esta droga que según el especialista debe ser suministrada diariamente hasta final del mes de Junio del presente año, y que con la última dosis recetada tiene un costo diario aproximado de cuarenta y seis mil quinientos pesos (\$46.500=) tiene realmente menguado nuestro presupuesto de gastos, que en condiciones normales para el grupo familiar está cercano a los dos millones de pesos mensuales. (2.000.000=)” (folio 126). Además, remitieron copia de la declaración de renta y complementarios del año gravable de 1999, presentada por Gonzalo Martínez Salcedo, con la que dicen demostrar “la situación económica (...) más cercana a la realidad”, puesto que la señora Alba Patricia González, sostienen, no declaró renta, “por estar fuera de los mínimos requeridos para ello” -en dicho instrumento, el accionante declara un patrimonio bruto de 279 millones de pesos, un pasivo total de 52 millones 937 mil pesos, para un patrimonio líquido positivo de 226 millones 63 mil pesos, y además, unos ingresos netos recibidos en el año de 25 millones 610 mil pesos (folio 128)-.

No obstante, en virtud de que la información allegada no correspondía a la solicitada -se había ordenado que “en forma separada, informen el monto de los ingresos que devengan por todo concepto y, describan, con valores reales actuales, su situación patrimonial” (folio 97)-, el Magistrado Sustanciador requirió a los señores Martínez González para que la información remitida se ajustara a la ordenada, incluyendo una relación de los bienes que

conforman su patrimonio (folio153).

En respuesta a lo anterior, el 3 de abril del corriente año, los mencionados allegaron una comunicación en la que reiteran que su situación patrimonial corresponde a la de la declaración de renta cuya copia adjuntaron, con el agravante de que “los activos fijos relacionados han tenido una baja relativa (en términos de precios reales actuales) especialmente la finca raíz” y que la señora Alba Patricia González “no declara y sus bienes son mínimos” (folio 156). Además adjuntaron a su escrito una discriminación de los bienes que conforman su patrimonio, con valores idénticos a los de la declaración de renta, una certificación del contador de la Empresa de Transportes Lusitania S.A. sobre el monto y valor nominal e intrínseco de las acciones que posee en la misma y una certificación del contador de la Agencia de Viajes Lusitania Tours Ltda sobre el monto y valor de su participación en dicha sociedad (folios 157 a 159).

* Los padres de la menor también allegaron los originales de las prescripciones médicas de “Biotropin”, suscritas por el doctor Pinzón Barco, de fecha 16 de agosto de 2000 y 23 de febrero de 2001.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Fallo de primera instancia

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga, mediante providencia del 23 de agosto de 2000, denegó el amparo solicitado aduciendo que con la negativa del suministro del medicamento excluido del P.O.S., por parte de la entidad accionada, no se han visto vulnerados los derechos de la menor y, además, que su padre no demostró encontrarse en imposibilidad económica de adquirirlo con sus propios recursos.

Para el efecto, el juez de primera instancia señaló que dentro del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se estableció el Plan Obligatorio, del cual se han excluido algunos procedimientos. Con relación al acceso a procedimientos de alto costo, indicó que el mismo supone un período mínimo de cotización al Sistema y que en caso de que el afiliado no cuente con éste debe asumir el porcentaje del valor del servicio que

corresponda al período no cotizado, para así completar el tiempo mínimo exigido.

Luego de transcribir algunos apartes de la Sentencia SU-819 de 1999, advierte que, en el presente caso, el accionante no acreditó incapacidad económica para cancelar, con recursos propios, el medicamento requerido por su hija.

Así las cosas, dice, que según la jurisprudencia de la Corte y las normas reglamentarias vigentes sobre el régimen de copagos y de cuotas moderadoras para la prestación de servicios excluidos del P.O.S., “en aras de garantizarle al usuario la prestación y el pago proporcional del valor del tratamiento que se le debe suministrar a su hija SILVIA JULIANA, quien lo debe definir es la IPS del Estado, en este caso, el Hospital Universitario Ramón González Valencia de la ciudad, ante quien debe acreditar y sustentar la condición económica que soporta, para que con fundamento en ello, esa entidad decida si le exige o no, el pago de cuota de recuperación”, por lo que concluye, el demandante debe adelantar dicho trámite para remitir a su hija a una institución del Estado, “a través de la red de solidaridad y subsidiariedad ” para que, de ser procedente, se ordene el tratamiento requerido.

Señala, entonces, que con la actitud denunciada, la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor, sino que ha cumplido con la reglamentación existente en la materia, siendo que, además, la niña se encuentra dentro los parámetros normales de desarrollo y apenas está comenzando la etapa de la pubertad, lo que indica que su salud no corre ningún riesgo.

4.2. Impugnación

Inconforme con la anterior decisión, el accionante interpuso el recurso de apelación. Para el efecto, reitera lo dicho en la demanda y, agrega, que su hija tiene derecho a que se le suministre la droga que requiere, en razón de que ésta fue ordenada por su médico tratante, y debido a que, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre las normas legales y reglamentarias que regulan el Plan Obligatorio de Salud P.O.S.

Contradice a la E.P.S. demandada en relación con su fecha de ingreso al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, al igual que respecto de las circunstancias que

motivaron su afiliación a la misma, puesto que recuerda que, antes de haberse afiliado a dicho sistema, por intermedio de la accionada, realizó aportes al Seguro Social, y que su cambio de E.P.S. obedeció al ejercicio del derecho de su grupo familiar a elegir libremente la entidad administradora.

Anota que cuando se ordenó el tratamiento a la menor, él ya aportaba al sistema por intermedio de la demandada, y que el Seguro Social, a diferencia de la accionada, suministra a los pacientes que lo requieren la droga que a su hija se le niega, para ilustrar su dicho afirma que tal es el caso de “la menor hija del afiliado HECTOR GÓMEZ CABARIQUE, MARIA MONSERRAT GÓMEZ BLANCO”, circunstancia que, a su juicio, desvirtúa las insinuaciones de la accionada.

Igualmente, indica que el doctor Juan Bernardo Pinzón Barco sí está adscrito a la E.P.S. demandada y que el diagnóstico dado por él, de un “déficit de crecimiento inferior a p3 y un cuadro de Déficit Neurosecretor de GH” afecta la salud y el desarrollo normal y psíquico de su hija, además de que fue corroborado por el doctor Villabona García, también adscrito a la entidad accionada.

Para concluir sostiene que “(..) no se ha hecho prevalecer el derecho constitucional de mi hija a la seguridad social, a que su salud no se vea menoscabada por una deficiencia en su crecimiento normal y por ende a una vida digna o acaso será que si mi hija no llegaré (sic) a crecer normalmente es muy digno soportar el designio a que se le quiere obligar, es decir, al de soportar una estatura muy por debajo de la normalidad por no decir que a soportar un enanismo”.

Nada dijo sobre su situación económica, como tampoco hizo mención de su no comparecencia a rendir la declaración ordenada por el juez de instancia.

4.3. Fallo de segunda instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito, mediante providencia del 23 de octubre de 2000, confirmó la decisión impugnada argumentando que las entidades promotoras de salud no están obligadas a suministrar a sus afiliados medicamentos, que, como el requerido por la hija del accionante, están excluidos del Plan Obligatorio de Salud y mucho menos cuando, como en el presente caso, el accionante no demostró estar en incapacidad económica para

adquirirlo por su propia cuenta, pese a que, con tal fin, su presencia en el despacho fue requerida.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas, dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 19 de enero de 2001, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de esta Corporación.

2. Problema jurídico planteado

Corresponde determinar a esta Sala si, de conformidad con la normatividad existente y de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, la menor Silvia Juliana Martínez González, hija del accionante, en su calidad de beneficiaria del régimen contributivo de salud, tiene derecho a obtener, con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el medicamento que le fuera ordenado por su médico tratante, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Para el efecto, se reiterarán los requisitos que deben cumplir quienes pretendan exigir del Sistema el suministro de medicamentos y procedimientos no incluidos en el P. O. S. y, con base en las pruebas recolectadas durante el proceso, se determinará la procedencia de la orden que el accionante solicita.

3. Derecho fundamental de los niños a la salud

Esta Corporación ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 superior, por tener el carácter de fundamental, debe ser restablecido en forma inmediata por el juez constitucional.¹

Lo anterior responde, además, a la obligación que se impone al Estado de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran

en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, C.P.).

Sin embargo, como quiera que el cumplimiento del derecho a la salud lleva consigo una erogación fiscal, para que pueda ser restablecido, por vía de tutela, debe afectar el derecho a la vida, concepto que, como también lo ha dicho la Corte, conlleva el derecho no simplemente a existir, sino el de vivir con dignidad.

A su vez, el menor tiene derecho a demandar un trato preferente y la protección del juez constitucional, debido a que se encuentra en situación de indefensión frente a las decisiones políticas que deciden sus derechos -entre los que se cuentan el de la salud- debido a la imposibilidad de acceder a los foros que definen cuánto se destinará a su atención y como se distribuirá el gasto.²

4. Exclusión de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y requisitos para que su suministro sea ordenado por vía de tutela, conforme a la normatividad existente y la jurisprudencia de esta Corporación

La Ley 100 de 1993 prevé que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud puede hacerse a través del régimen contributivo y a través del régimen subsidiado. Al primero deben vincularse aquellos que poseen capacidad de cotizar, en tanto que al segundo se afilian quienes no lo pueden hacer, o no en la misma cuantía de los primeros, unos y otros obteniendo los beneficios que se conceden en cada uno de los regímenes y en la forma en que lo indica la normatividad existente al respecto -Artículo 157 de la Ley 100 de 1993-.

De manera especial, el régimen contributivo concede a sus afiliados los beneficios previstos en el Plan Obligatorio (Art. 28, Decreto 806 de 1998), a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, administradoras del mismo, plan que, a su vez, es definido por las autoridades del Sistema, entre otras, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -Artículo 162 de la Ley 100 de 1993-.

Ahora bien, la prestación de los servicios de salud se funda, entre otros, en el principio de solidaridad, habida cuenta que los servicios que un afiliado requiere no son cubiertos con sus propios aportes sino con los recursos del Sistema conformados, entre otros rubros, por los provenientes de todos los aportantes, de tal suerte que quienes más contribuyen financian a aquellos que, por poseer menores ingresos, no cotizan o lo hacen en menor proporción,

circunstancia que, además, persigue el cumplimiento del principio de universalidad, pues el objetivo último de dicha dinámica es lograr el cubrimiento en salud de toda la población.³

Así las cosas, el P.O.S. se ha diseñado bajo tales principios y, por tal motivo, de él han sido excluidos algunos procedimientos y medicamentos, de tal suerte que las entidades administradoras del mismo pueden negarse, legítimamente, a prestar los servicios no contemplados en el plan- Artículo 177 de la Ley 100 de 1993-

Sin embargo, la Corte ha sostenido, de manera permanente, que las administradoras deben inaplicar las exclusiones a que se hizo referencia, en aquellos casos en que se cumplan los siguientes requisitos⁴:

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

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

Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.”⁵

Así pues, corresponde valorar los hechos que fundamentan la pretensión del actor, conforme al material probatorio recaudado, para tomar la decisión que corresponda.

5. El caso concreto. La obligación de los padres de la menor de suministrar el medicamento

El accionante se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, por intermedio de la accionada y su menor hija, Silvia Juliana, tiene la calidad de beneficiaria, según lo admite la entidad accionada (folio 38). No obstante, durante las

instancias surtidas el mismo no demostró su incapacidad de suministrar el medicamento, como puede observarse en esta misma providencia, en el aparte que reseña los antecedentes.

Además, en trámite de revisión el padre y la madre de la menor no aportaron la información requerida para establecer su situación económica actual, a fin de ordenar que el suministro del medicamento sea asumido por el Sistema y que el mismo pueda determinar la cuota que a los primeros les corresponde, eventualmente, asumir.

Lo anterior porque el padre de la menor remitió fotocopia de la su declaración de renta correspondiente a 1999, conforme con la cual sus ingresos coincidirían con sus gastos - afirma que estos ascienden a la suma de \$2´000.000.oo mensuales-, mientras su empleador reporta a la E.P.S., para efectos de su cotización al Sistema, que el actor tiene un “ingreso base” de solo doscientos treinta y siete mil pesos (\$237.000.oo), información que no ha tenido variación desde 1998.

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

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

Indica, entonces, la manera como se ha estructurado financieramente el régimen

contributivo, que el Sistema tiene dos obligaciones de diversa fuente al frente de la prestación de los servicios médicos de sus afiliados, de una parte, por intermedio de las administradoras, deberá cumplir con los procedimientos y tratamientos previstos en el P.O.S, sin ningún condicionamiento, y de otra, cuando los cotizantes demuestren incapacidad económica para atender la prestación de servicios indispensables, no incluidos en el Plan, siempre que resulte posible valorar su oferta de pago, deberá subvencionar dicha prestación o asumirla íntegramente, por intermedio de instituciones públicas o privadas contratadas para el efecto.

Lo anterior por cuanto, tal como lo afirma el actor en sus intervenciones y como lo ha reconocido la Corte en su jurisprudencia, la exclusión de un medicamento indispensable para que un menor logre su desarrollo normal del Plan Obligatorio de Salud, no puede ser óbice para que le sea suministrado, pero la obligación recae en primer lugar en los padres quienes, solo si demuestran estar imposibilitados de darle cumplimiento, pueden trasladarla total o parcialmente al Sistema.6.

Sobre la necesidad de acreditar la incapacidad de pago de los servicios, la Corte ha dicho:

“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.”⁷

Así pues, el actor no podía limitarse a solicitar el amparo del juez constitucional argumentando que su hija requiere un medicamento que le fue negado por no estar incluido en el P.O.S., tenía la carga de demostrar, además, la obligación a cargo del Sistema de asumirla; por estar él y la madre de la menor en imposibilidad, total o parcial de hacerlo.

Carga que, requiere puntualizarse, no puede ser trasladada a la accionada, debido a que no se puede conminar al demandado a descargar una obligación que él no ha asumido.

Ahora bien, interesa resaltar, en punto a la verificación de los hechos capaces de dar nacimiento al derecho de invocar la protección del juez constitucional, que la carga de su demostración no recae exclusivamente en el actor, puesto que al fallador le corresponde desplegar una actividad sin límites, con miras a alcanzar la convicción que requiere el emitir órdenes precisas e inmediatas tendientes al restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados, como también para dejar de hacerlo. No obstante, la acuciosidad que debe desplegar el juez constitucional se trunca frente al actor renuente a presentar las pruebas conducentes a liberarlo de su propia responsabilidad.

Lo expuesto conduce a la Sala a confirmar las decisiones de instancia, porque mal podría ser obligada la E.P.S. accionada a responder por el cumplimiento de una obligación que no le corresponde asumir, directamente, y a la cual no puede ser conminada sino cuando el suministro de los medicamentos no incluidos en el P.O.S. -como quedó dicho- deje de ser responsabilidad del actor y de la madre de la menor, en proporción a su capacidad económica.

No obstante se pone de presente que los obligados conservan la posibilidad de descargar en el Sistema su obligación, total o parcialmente, demostrando ante las instituciones públicas o privadas, que tengan contrato con el Estado, su incapacidad para proveer a su hija de la medicina requerida, con cargo a sus propios ingresos, entidades que están en la obligación de resolver su petición y, de ser procedente, condicionar el suministro del medicamento al pago de una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes -parágrafo del artículo

28 del Decreto 806 de 1998-.

I. DECISION

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

R E S U E L V E :

Primero.- Confirmar los fallos proferidos por el Juzgado Quinto Civil Municipal y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, ambos de Bucaramanga, de fecha 23 de agosto y 23 de octubre de 2000, respectivamente, dentro del proceso de la referencia.

Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver entre muchas otras las sentencias T-075/96, SU- 225/98, T-236/98, T-286/98, T-453/98, T-514/98, T-556/98, T-784/98, T-796/98, T-046/99, T-117/99, T-119/99, T-093/00, T-153/00, T-610/00, T-622/00, T-1430/00

2 Cfr. SU-225/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

3 Cfr. Sentencia SU-819/99

4 Ver entre otras las Sentencias T-329/98, T-108/99, T-926/99, T-975/99, T-409/00, T-1027/00, T-1028/00, T-1123/00, T-1166/00, T-1484/00,

5 Sentencia T-300/01.

6 Cfr. Sentencia SU-819/99

7 ídem