

Sentencia T-478/12

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamental prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Instrumentos internacionales de protección

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para determinar el servicio que se requiere pero no es el único/PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-La EPS no está autorizada a rechazar de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad

En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cuotas moderadoras o copagos no pueden convertirse en barreras de acceso al servicio para personas que no tienen recursos económicos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Exoneración de pago de cuota moderadora por incapacidad económica

Las EPS y las entidades territoriales que obstaculizan el acceso a los servicios de salud a una persona que carece de recursos económicos, irrespetan su derecho constitucional a acceder a los servicios de salud sin discriminación y, además, actúan en contra de la ley, puesto que la constitucionalidad de la norma legal invocada fue condicionada precisamente, a que el pago no se constituya en una barrera a la accesibilidad al servicio de salud para los que carecen de recursos económicos. Se considera que no se cuenta con la capacidad económica para asumir el costo de las cuotas y copagos determinados en la Ley y por lo tanto exonerados del pago de las mismas, en aquellos casos en que se afecta el mínimo vital de la persona.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Concepto de integralidad en el servicio de salud

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Orden a EPS para autorizar gastos de transporte para menor y su acompañante a otra ciudad

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Suministro de pañales

Referencia: expediente T- 3292971

Acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Mayorga Lopez en contra de Saludcoop E.P.S.

Magistrada Ponente (E):

Adriana María Guillén Arango

Colaboró: Catalina Irisarri Boada

Bogotá, DC., veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Adriana María Guillén Arango, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo - Valle, el veinticinco (25) de agosto de 2011, y el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali - Valle, el cinco (5) de octubre de 2011, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. La señora Diana Milena Franco Atehortúa en su calidad de Personera Municipal de Yumbo - Valle y actuando en representación de Martha Cecilia Mayorga López agente oficioso de su hijo menor de edad y discapacitado José Fernando Sevilla Mayorga, instauró acción de tutela en contra de Saludcoop E.P.S, por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana del menor, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1. Señaló que su representada, la señora Martha Cecilia Mayorga López, es la madre del menor José Fernando Sevilla Mayorga quien cuenta con 19 meses de edad¹ y fue diagnosticado entre otras patologías con Síndrome de Down². Asimismo indicó que se encuentran afiliados a Saludcoop E.P.S ³.

1.2. Manifestó que los médicos tratantes del menor han ordenado entre otras atenciones las siguientes: “terapias, controles ortopedistas, neurólogo, nutricionista, endocrinólogo, pediatra, terapias de neurodesarrollo, zapatos ortopédicos, ordenes de medicamentos, endocrinologa” las cuales no puede costear la madre del menor puesto que se encuentra sin trabajo y su compañero devenga el salario mínimo, del cual depende toda su familia compuesta por cinco (5) personas (dos hijos más, el menor José Fernando, la madre del menor y su compañero).

1.3. Indicó que la madre del menor ha solicitado a Saludcoop E.P.S que se le exonere de cubrir las cuotas moderadoras y los copagos, pues adicionalmente debe incurrir en otros gastos como son los pañales desechables, la leche (GAIN 3), gastos de transporte y otros adicionales que surgen con ocasión de la atención del menor José Fernando. Señaló que hasta la fecha de interposición de la presente tutela, la entidad requerida no se ha

manifestado al respecto.

1.4. De conformidad con la situación fáctica señalada, el once (11) de agosto de 2011 ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo, la Personera Municipal de Yumbo obrando en nombre y representación de Martha Cecilia Mayorga López, instauró acción de tutela en contra de Saludcoop E.P.S, al considerar que dicha entidad, con su actitud omisiva ha evadido la atención integral que requiere el menor José Fernando Sevilla Mayorga, vulnerando con ello los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana del menor.

En consecuencia, solicitó que se ordene a Saludcoop E.P.S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas disponga autorizar la inmediata atención integral y especializada que requiera el menor, relacionada con las enfermedades diagnosticadas incluido el Síndrome de Down. Asimismo pidió se garantice el cubrimiento total de todo el servicio de salud POS y No POS que requiera el menor hasta la recuperación integral y total de su salud, junto a todas las demás necesidades médicas sean farmacológicas, de insumos como pañales desechables y leche GAIN 3, terapéuticas, de transporte, traslados en ambulancia cuando así lo requiera, para garantizar su tratamiento adecuado e integral, de forma permanente y oportuna.

También solicitó que se ordene a Saludcoop E.P.S reconocer, si así lo requiere, los gastos de transporte, alojamiento y manutención del paciente y un acompañante desde Yumbo a cualquier municipio del país.

Igualmente, requirió que se ordene a Saludcoop E.P.S cubrir el cien por ciento (100%) del costo de los tratamientos y medicamentos que requiera el menor para su recuperación integral, así como los demás servicios de salud que demande con ocasión de la enfermedad diagnosticada, por lo cual pidió se ordene a Saludcoop E.P.S abstenerse de cobrar las cuotas de recuperación.

Finalmente, pidió se ordene al FOSYGA reembolsar a Saludcoop E.P.S el cien por ciento (100%) de los gastos que no le corresponda asumir y que llegue a asumir como consecuencia del fallo de tutela. Asimismo solicitó inaplicar el artículo 2º de la Resolución 2949 de 2003 del Ministerio de Protección Social, para que así el pago se realice en un plazo máximo de 10 días.

Adicional a las peticiones enunciadas, la accionante solicitó la adopción de medidas preliminares encaminadas a garantizarle al menor José Fernando Mayorga Sevilla la atención inmediata, integral, especializada POS y No POS, hasta la recuperación total del menor.

Respuesta de la entidad demandada.

2. El veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011), Sandra Piedad Villamil Peña en su calidad de Gerente Regional de Saludcoop E.P.S, estando fuera del término establecido por el juzgador de primera instancia, dio respuesta a la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Indicó que el menor Sevilla Mayorga se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo en calidad de beneficiario y que a la fecha de respuesta de la tutela registraba 330 semanas cotizadas.

Estimó que no se puede acceder a la solicitud de la alimentación en la medida en que el usuario no tiene a la fecha orden médica por este concepto y el suministro del mismo sólo se ordena en aquellos casos en que se cuente con diagnóstico de desnutrición o aquellos casos de niños con orden de alimentación parenteral por gastronomía.

Respecto de la solicitud de pañales indicó que los mismos no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud -POS y los mismos son considerados como exclusiones del régimen contributivo. Señaló que no existe orden médica o prescripción alguna de los elementos que se solicitan en la presente acción de tutela. Iguales argumentos esgrimió en relación con la solicitud de transporte para dirigirse a las terapias, señalando que la EPS al no contar con programa de transporte, el traslado debe ser formulado y debidamente justificado por el médico tratante.

En lo referente a la solicitud del tratamiento integral señaló que no se han vulnerado los derechos fundamentales del menor en la medida en que la entidad ha venido autorizando los servicios requeridos y no se le ha negado la prestación de servicios o entrega de medicamentos ordenados por los médicos adscritos a la entidad, por lo que solicita declarar improcedente la presente acción.

Indicó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional en el presente caso la tutela resulta improcedente por presentarse una carencia actual de objeto en la medida en que las

pretensiones objeto de la tutela han sido satisfechas y por tanto el mecanismo de la tutela pierde su razón de ser. Adicionalmente indicó, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que para que proceda la acción de tutela contra una EPS por la negación de servicios o medicamentos no incluidos en el POS, es necesario que estos hayan sido prescritos por el médico tratante, situación que no se evidencia en el presente caso.

En relación a la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos, manifestó que la accionante registra un Ingreso Base de Cotización de siete millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$7.640.000), suma que amerita que la actora cuenta con capacidad para soportar estos cobros. Adicionalmente, señaló que la accionante en la tutela no presentó prueba siquiera sumaría que demuestre la afectación al mínimo vital, por lo cual solicitó no acoger favorablemente el amparo presentado.

Finalmente, solicitó que en caso de que se ordene a la entidad asumir algún servicio excluido del POS o sometido a períodos mínimos de cotización, que se disponga el respectivo recobro ante el FOSYGA, dentro del término de 48 horas siguientes a la formulación de la respectiva cuenta.

Intervención de las entidades vinculadas al proceso.

3. En auto del 11 de agosto de dos mil once (2011) el Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo admitió la acción de tutela, vinculó en calidad de coadyuvantes al Fosyga y a la Clínica Versailles y negó la solicitud de medidas provisionales, al considerar que las mismas guardan relación con el fondo del asunto.

4. El 19 de agosto el Ministerio de la Protección Social envió vía fax su intervención dentro del proceso. En el mismo estableció que de conformidad con el Acuerdo 008 de 2009 los pañales se encuentran excluidos del POS, por lo cual el interesado en dicho servicio deberá financiarlo directamente, salvo que no tenga capacidad de pago, en cuyo caso corresponde a las entidades territoriales canalizar y garantizar dentro de la red pública o privada la prestación del servicio de salud a los afiliados al sistema que tienen periodos de carencia, necesiten tratamiento no incluidos en el POS y no cuenten con capacidad de pago.

Acercas de la solicitud de transporte indicó que corresponde a la EPS determinar si el accionante cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional

(Sentencia T-760 de 2008) la cual estableció como requisitos para acceder a los servicios de transporte el deber de acreditar: (i) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, y proceder de conformidad.

Respecto a la solicitud de exoneración en el pago de cuotas moderadoras y copagos indicó que de conformidad con lo establecido en la normatividad, las cuotas moderadoras se aplican tanto a afiliados como a beneficiarios, mientras los copagos se aplican única y exclusivamente a los beneficiarios. Igualmente indicó que la EPS deberá verificar que los servicios no estén excluidos del pago de los mismos.

En lo referente al tratamiento integral solicitado en la tutela, señaló que resulta necesario precisar cuáles son los medicamentos y procedimientos requeridos a fin de que la EPS pueda establecer si los mismos se encuentran incluidos o no en el POS, para de esta manera poder ejercer el derecho de defensa. Preciso que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos, por lo cual constituiría un exceso proteger derechos a futuro sin que se concrete su violación o amenaza.

Finalizó su intervención solicitando que en caso de que la accionante no cumpla con los requisitos establecidos se niegue el amparo. Igualmente solicitó que en caso de que se conceda el amparo se niegue el recobro ante el FOSYGA y en su lugar se ordene que el accionante sea atendido en la red pública de salud o en las entidades privadas con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera Instancia. Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo- Valle.

5. En sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), el Juez Segundo (2º) Civil Municipal de Yumbo concedió el amparo y ordenó a Saludcoop E.P.S expedir las autorizaciones necesarias de conformidad con lo ordenado por los médicos tratantes adscritos a esa EPS, asegurando que al menor José Fernando Sevilla Aguilar se le proporcione el tratamiento integral. Igualmente, dispuso autorizar el transporte en ambulancia cuando así lo requiera el menor, de conformidad con lo prescrito por los médicos tratantes y finalmente

ordenó exonerar al menor de cancelar las sumas correspondientes copagos y cuotas moderadoras.

Asimismo dispuso la posibilidad que la EPS accionada recobre ante el FOSYGA el valor de los servicios NO POS en que pueda incurrir dicha entidad en cumplimiento de las órdenes proferidas en la sentencia de tutela.

Para llegar a esta solución, el a quo luego de hacer un análisis de la jurisprudencia constitucional respecto del derecho a la salud, así como de la Ley 100 de 1993 que consagra el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableció que el derecho a la salud respecto de los niños es considerado como fundamental razón por la cual en el caso concreto debe ampararse el mismo por medio de la acción de tutela.

6. En escrito recibido el cinco (5) de septiembre de 2011, la entidad accionada impugnó el fallo de primera instancia y solicitó revocar la decisión de primera instancia y negar el amparo incoado, presentando argumentos idénticos a los expuestos en la respuesta a la acción de tutela.

7. Asimismo, el Ministerio de Protección Social en escrito recibido el cinco (5) de septiembre de 2011, presentó incidente de nulidad contra todo lo actuado en el proceso de tutela, bajo la causal de indebida integración del litisconsorcio. Aseguró el representante del Ministerio que debieron de haber vinculado al proceso a dicha entidad, pues el fallo impone obligaciones que constituyen una condena en su contra específicamente el FOSYGA, con lo que el Ministerio no estuvo en capacidad de ejercer su defensa, violando con ello su derecho al debido proceso.

Subsidiariamente impugnó el fallo del a quo y solicitó revocar el numeral segundo de la parte resolutive de éste. En el recurso expuso los mismos argumentos expuestos en el escrito del 19 de agosto de 2011.

8. En sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil once (2011), el juzgador de segunda instancia decidió revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, y en su lugar concedió el amparo al derecho a la salud en conexidad con la vida ordenando a Saludcoop E.P.S, suministrar los pañales desechables en la cantidad, calidad y periodicidad que el menor requiera. Asimismo denegó el amparo respecto del suministro de alimento (leche

Gain3), transporte y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Estimó el ad quem que en el presente caso no se encontró acreditado que el médico tratante del menor hubiere ordenado el alimento Gain3 y el transporte, por lo cual no era posible que el juez de tutela diera órdenes a la EPS encaminadas a la realización de un tratamiento determinado, sin obrar la remisión expresa por parte del médico tratante.

En lo atinente al suministro de pañales consideró que pese a no reposar en el expediente prueba de la orden de los mismos por parte del médico tratante, se concedería el suministro de este insumo pues negarlo afectaría la situación física y la dignidad del menor.

Respecto de la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos estimó que en el presente caso no se cumplieron los requisitos establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues no obraba orden respecto de algún requerimiento en salud, no se había negado la prestación de ningún servicio y pese a indicar que carecían de capacidad económica la EPS no ha negado algún servicio en salud bajo el argumento de la falta de pago de las cuotas o copagos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

9. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión y acumulado a los expedientes T-3.370.191 y T- 3.370.193, por medio de auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Dos.

En auto del veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012) la Sala Tercera de Revisión decidió desacumular los expedientes T-3.292.971, T-3.370.191 y T- 3.370.193 y acumular estos últimos dos expedientes al T-2.893.757 avocando el estudio del expediente T-3.292.971 de forma independiente.

Problema jurídico y esquema de resolución del caso concreto.

10. Corresponde a la Sala de Revisión determinar si Saludcoop E.P.S vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud y vida digna del menor José Fernando Sevilla Mayorga, al no acceder a la solicitud presentada por su madre en el sentido de exonerarlos del pago de cuotas moderadoras y copagos. Igualmente determinar si la negativa en suministrar pañales, alimentación especializada y gastos de transporte y estadía vulnera dichos derechos.

11. Antes de resolver el problema jurídico planteado, la Sala estudiara la solicitud de nulidad por indebida integración del litisconsorcio alegada por Ministerio de Protección Social. En caso de que esta Sala encuentre viable estudiar el fondo del asunto, primero recordará las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional respecto al derecho a la salud de los niños y niñas, posteriormente entrará a analizar el derecho a que se garantice el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad, concentrándose en lo relativo a (i) el suministro de servicios y medicamentos excluidos de los planes obligatorios, (ii) la razonabilidad que debe predicarse de los pagos moderadores y cuotas para que los mismos no se constituyan en barreras de acceso a los servicios que se requieren y (iii) la integralidad en la prestación del servicio, para finalmente entrar a resolver el caso concreto.

Nulidad por indebida integración del litisconsorcio.

12. En escrito presentado el 5 de septiembre de 2011, el representante del Ministerio de Protección Social solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado al estimar que no se integró debidamente el litis consorcio por no haberlo notificado de la existencia del proceso de tutela, vulnerando con ello su derecho al debido proceso y al derecho de defensa teniendo en cuenta que en el fallo de primera instancia se condenó al FOSYGA a reembolsar a la EPS accionada aquellas sumas de servicios no incluidos en el POS que tuviera que asumir como consecuencia del fallo de tutela.

13. Esta Sala considera necesario manifestarse sobre el incidente propuesto, puesto que el fallador de segunda instancia no lo hizo. Al respecto, se estima que dicha solicitud no puede prosperar, pues del estudio del cuaderno No. 1 del expediente se evidencia claramente que el Ministerio de Protección Social se pronunció oportunamente respecto de la acción de tutela en la primera instancia.

En efecto, en los folios 156 a 162 consta copia en papel fax del escrito suscrito por Diego Emiro Escobar Perdigon, Coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social, en el cual además de manifestarse sobre la acción de tutela interpuesta por la Personería de Yumbo, hace referencia al oficio 949 del 19 de agosto de 2011, expedido por secretario del Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo - Valle, en el cual se notifica al FOSYGA el auto del 11 de agosto de 2011 por medio del cual se ordenó la vinculación de dicha entidad al proceso de tutela instaurado por la Personería Municipal de Yumbo contra Saludcoop E.P.S4. En el folio 162 se evidencia el sello del Juzgado Segundo Civil Municipal de Yumbo- Valle en el que consta que dicho escrito se recibió vía fax el 24 de agosto de 2011 a las 9:40 am. Adicionalmente, más adelante en el mismo Cuaderno No. 1 a folios 201 a 206 consta el escrito original suscrito por el señor Escobar Perdigón, el cual fue recibido en el despacho el día 29 de agosto de 2011.

De conformidad con lo anterior, es claro que en el presente caso no se configura la causal de nulidad alegada por el representante del Ministerio, máxime si se tiene en cuenta que el mismo funcionario que alega no haber conocido de la acción de tutela, fue quien respondió en primera instancia la misma, pudiendo ejercer de esta forma el derecho de defensa, que luego aduce haber sido vulnerado. Por lo tanto resulta evidente que en el presente caso se integró correctamente la litis, al haberse notificado al Ministerio de Protección Social - Fosyga el auto ordenando la vinculación de dicha entidad al proceso de tutela instaurado por la Personería de Yumbo en contra de Saludcoop E.P.S. De igual manera, no se vulneró el derecho de defensa de dicha entidad, pues además de habersele notificado el proceso, la entidad se manifestó al respecto solicitando negar tanto el amparo en caso de que no se cumplieran los requisitos establecidos en la legislación, como el recobro ante dicha entidad. En consecuencia, esta Sala procederá a estudiar el fondo del asunto.

El derecho fundamental a la salud de niños y niñas. Reiteración de Jurisprudencia.

14. La jurisprudencia constitucional, partiendo de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, ha establecido que el derecho a la salud de los niños y niñas es de carácter fundamental autónomo⁵, igualmente, en atención a lo establecido en el artículo 13 de la CP ha determinado que dicho derecho prevalece sobre los derechos de los demás en virtud de la especial protección que merecen los menores dada su condición de

vulnerabilidad y por ende el derecho a la salud de los niños ha sido considerado como de aplicación inmediata⁶.

Esta posición jurisprudencial respecto del tratamiento especial que merece el derecho a la salud de los niños ha sido reforzada al recordar lo establecido en diferentes instrumentos internacionales tales como la Declaración de Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006⁷.

15. En conclusión, los niños y niñas gozan de una especial protección respecto de sus derechos los cuales prevalecen respecto de los derechos de los demás. Dentro del catálogo de derechos se incluye el derecho fundamental a la salud, lo cual implica que respecto del mismo su protección debe ser inmediata, razón por la cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la CP la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger dicho derecho y en caso tal de que el juez de tutela verifique la amenaza o vulneración del mismo deberá tomar todas las medidas tendientes a reestablecer el mismo⁸.

Acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad.

16. De conformidad con lo establecido por esta Corporación en su jurisprudencia, especialmente en la sentencia T-760 de 2008⁹, el derecho a la salud comprende, entre otros aspectos, el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, lo cual implica que las entidades responsables de prestar los servicios de salud deben hacerlo de tal forma que se garantice la oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad del servicio, de acuerdo con el principio de integralidad.

17. En la mencionada sentencia T-760 de 2008 se establecieron una serie de criterios que permiten determinar cuáles son los mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho constitucional a acceder, y por tanto tutelables, así como las condiciones en que los mismos han de ser prestados, para que se entienda que se ha accedido a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Dichos criterios son los siguientes: (i) el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, (ii) el principal criterio para

determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, (iii) la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera, no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir, (iv) los pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos y (v) el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad¹⁰.

18. Respecto del primer criterio, la mencionada sentencia estimó:

19. En lo concerniente al segundo criterio, esto es que de manera principal es el concepto del médico tratante el determinante para establecer qué servicio requiere una persona, la sentencia T-760 de 2008 estableció que ello se debe a que es el médico quien tiene los criterios científicos para decidir además de ser la persona que conoce al paciente y está familiarizado con su historia clínica. Al respecto, indicó que se entiende por médico tratante aquel que se encuentra adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la persona, sin embargo ello no es óbice para que en algunas circunstancias el concepto de un médico no adscrito a determinada EPS sea vinculante. La mencionada sentencia determinó que una interpretación formalista al respecto puede convertirse en una barrera de acceso de los servicios de salud, vulnerando con ello el derecho a la salud.

En igual sentido, señaló que en algunos casos es necesario realizar pruebas y/o exámenes para determinar qué clase de servicio se requiere, por ello debe garantizarse el acceso a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer qué tipo de afección sufre una persona y cuál sería el servicio idóneo o qué se requiere para tratarla, garantizando en consecuencia el derecho al diagnóstico.

El suministro de servicios y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.
Reiteración de Jurisprudencia.

20. Tal como se estableció anteriormente al determinar el problema jurídico a estudiar, en el

presente caso resulta importante concentrarse en el estudio del tercer criterio mencionado en el numeral 17 de esta providencia, según el cual la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera, no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Al respecto la sentencia T-760 de 2008 sistematizó los criterios que la jurisprudencia constitucional ha venido reiterando respecto al suministro de servicios y medicamentos no incluidos en el POS. Antes de entrar a exponer las reglas al respecto, es preciso recordar que de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 en la actualidad existen dos regímenes, el contributivo y el subsidiado y dependiendo del régimen al cual se pertenece el plan obligatorio varía, de forma tal que las personas afiliadas al primero de estos regímenes pueden acceder a todo el plan de servicios, mientras que las afiliadas al subsidiado, sólo pueden acceder a una parte de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio.

21. Hecha esta precisión, la primera regla definida por la jurisprudencia de esta Corporación establece que se garantiza constitucional y legalmente el acceso a los servicios de salud y medicamentos que se requieran y que se encuentren contemplados dentro de los planes obligatorios, de forma tal que constituye una vulneración al derecho a la salud la negativa por parte de las EPS en la prestación de un servicio o medicamento que la persona requiera y que se encuentra incluido dentro del POS respectivo.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, una persona inscrita en el régimen contributivo o subsidiado de salud puede reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud o medicamento cuando se cumplan las siguientes condiciones: (i) que el mismo esté contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S), (ii) fue ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, (iii) el mismo es necesario para conservar la salud, vida, dignidad, integridad, o algún otro derecho fundamental del paciente y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.

22. Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional en su jurisprudencia estableció que se vulneraba el derecho a la salud en aquellos casos en que una persona requiera un servicio y

el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio. Por esta razón en la sentencia T-760 de 2008 se establecieron una serie de criterios en aras de lograr la protección del derecho a la salud en aquellos casos. De conformidad con la jurisprudencia, se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio no incluido en el plan obligatorios cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

En consecuencia, una EPS viola el derecho a la salud de las personas si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud cuando el mismo se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv) atrás enunciadas] con necesidad (esto es que el interesado no pueda costearlo directamente, así como tampoco las sumas que legalmente se pueden cobrar) y no puede acceder al servicio por otro plan distinto, [condición (iii)].

Adicionalmente, esta Corporación consideró que no obstante lo anterior “existen casos en los cuales se debe tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.”¹¹

23. De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud

Ahora bien, resulta necesario precisar que respecto de la solicitud de medicamentos no incluidos en los planes obligatorios, la regulación del sistema estableció un procedimiento especial el cual debe surtirse ante los Comités Técnico Científicos de las EPS, a efectos de acceder a los mismos, pero valga reiterar que en este caso aplica la misma regla respecto de

la posibilidad de recobrar los gastos incurridos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

Los pagos y cuotas moderadoras no pueden constituirse en una barrera de acceso a los servicios y medicamentos que se requieran. Posibilidad de exoneración en el pago de estos conceptos.

24. El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 estableció que los afiliados y beneficiarios del Sistema estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Así las cosas, determinó que los afiliados al sistema realizarán dichos pagos sólo con el objetivo de racionalizar el uso de los servicios, es decir, sólo están obligados a cancelar el valor correspondiente a las cuotas moderadoras y los demás usuarios estarán sujetos tanto al pago de las cuotas moderadoras como al de los pagos compartidos o copagos, cuya finalidad es la de complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud. En dicho artículo también se estableció que dichos pagos en ningún momento podrán convertirse en una barrera de acceso para los más pobres.

25. La jurisprudencia constitucional ha determinado que la falta de capacidad económica no puede convertirse en una causa de discriminación a través de la cual se impida el acceso a los servicios de salud. En virtud de ello estableció que “las EPS y las entidades territoriales que obstaculizan el acceso a los servicios de salud a una persona que carece de recursos económicos, irrespetan su derecho constitucional a acceder a los servicios de salud sin discriminación y, además, actúan en contra de la ley, puesto que la constitucionalidad de la norma legal invocada fue condicionada, precisamente, a que el pago no se constituya en una barrera a la accesibilidad al servicio de salud para los que carecen de recursos económicos”¹². En consecuencia, si una persona no puede asumir el costo que implican estas cuotas o pagos, esta Corte ha resuelto inaplicar la reglamentación al respecto y ha determinado que es obligación del ente territorial garantizar el acceso al servicio requerido.¹³

26. La Corte Constitucional ha establecido unos criterios para determinar en qué casos se considera que no se tiene la capacidad económica para asumir el costo de las cuotas o pagos. Al respecto la sentencia T-760 de 2008 estableció:

“Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su ‘mínimo vital’. (...) Su valoración, pues, no

será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.” (...). De otro lado, en varias ocasiones la jurisprudencia ha señalado que se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN. Pero esta condición fáctica que se presume en tales situaciones, puede ser desvirtuada y, en todo caso, depende del costo del servicio a asumir. La jurisprudencia ha sostenido, incluso, que un sujeto de especial protección constitucional, en una precaria situación económica, sí tiene la capacidad de pago para asumir el costo del servicio si éste no es alto”.

27. De igual forma la jurisprudencia ha definido una serie de criterios probatorios a efectos de demostrar la ausencia de capacidad económica. Al respecto vale la pena recordar lo establecido al respecto en la citada sentencia T-760 de 2008:

“A continuación se resume las principales subreglas aplicables:

1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 1999 se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega.

La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado.

2. La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.

Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están

en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

3. Los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante. Su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante al respecto, sean tenidas como falsas, y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada.

4. Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado.’”

28. En conclusión, se considera que no se cuenta con capacidad económica para asumir el costo de las cuotas y copagos determinados en la Ley y por lo tanto exonerados del pago de las mismas, en aquellos casos en que se afecta el mínimo vital de la persona, para lo cual deberá analizarse cada situación según sus particularidades. Asimismo se presume la ausencia de capacidad económica en aquellas personas beneficiarias del SISBEN, pero nuevamente cada caso se analizará en particular.

Respecto de las reglas a efectos de demostrar la ausencia de capacidad económica no existe tarifa legal al respecto, es decir, hay libertad probatoria. Igualmente, se invierte la carga de la prueba, de manera que corresponde a la EPS probar la capacidad económica del afiliado, adicionalmente aspectos como el desempleo, ser beneficiario y no cotizante del sistema, pertenecer a la tercera edad, contar con un ingreso mensual equivalente al salario mínimo legal vigente constituyen prueba suficiente de la incapacidad económica. Adicionalmente, no pueden los jueces de tutela fallar en contra del afiliado por falta de elementos probatorios, sino que corresponde a estos decretar todas las pruebas necesarias que determinen la ausencia o presencia de capacidad económica del afiliado.

Principio de integralidad en la prestación de servicios de salud.

29. De conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de esta Corporación el principio de integralidad hace referencia a que la atención en salud y el tratamiento que reciben los usuarios del sistema debe abarcar todo lo ordenado por el médico tratante, de forma tal que se logre el restablecimiento de la salud o se mitiguen de alguna forma las dolencias padecidas, para de esta forma lograr llevar una vida en mejores condiciones. En atención a lo establecido por este principio, se ha determinado que no se pueden fraccionar los servicios de salud que requieren las personas.¹⁴

30. En aplicación de este principio, esta Corte en su jurisprudencia ha fijado reglas especiales concernientes al acceso a servicios de salud respecto de casos específicos como el transporte y la estadía como garantía de acceso a los servicios que se requieran, la eliminación de trámites engorrosos e innecesarios que permitan el acceso a los mismos y la garantía de continuidad en la prestación de éstos. Asimismo se ha establecido que en virtud de dicho principio la atención en salud debe comprender todo cuidado, suministro de medicamentos e insumos, intervenciones quirúrgicas, exámenes de diagnóstico, prácticas de rehabilitación, así como todo otro componente que los médicos consideren necesario para el restablecimiento o mantenimiento de la salud del paciente.¹⁵

31. En lo que concierne al transporte y la estadía la sentencia T-760 de 2008 determinó que si bien el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no son servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo al servicio de salud depende de que el paciente pueda desplazarse hacia los lugares donde le será prestada la atención médica que requiere, desplazamiento que, en ocasiones, debe ser financiado porque el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder a él.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía. De este modo, se ha establecido que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las EPS únicamente en los eventos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”.

32. Adicional a los gastos de transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro

lugar distinto a aquel de residencia, también se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.”

De conformidad con lo anterior, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. Tiene derecho además, a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud.

Reglas aplicables para el suministro de insumos, tales como los pañales desechables.

33. Es numerosa la jurisprudencia de este Tribunal respecto al suministro de insumos diferentes a medicamentos en aplicación del principio de integralidad en la prestación de servicios de salud. Específicamente en el caso de pañales se ha consolidado una posición según la cual, el suministro de estos elementos resulta indispensable para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas.¹⁶

34. De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que los pañales desechables son un insumo excluido de los planes obligatorios de salud¹⁷, debe acudirse a las reglas establecidas por la jurisprudencia para acceder a los mismos, es decir, se debe acreditar que:

- i. la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- ii. el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan

obligatorio;

iii. el interesado no puede directamente costear el insumo, así como tampoco las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

iv. el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.

Sin embargo, respecto al suministro de pañales desechables la jurisprudencia constitucional ha establecido que se puede acceder a los mismos pese a no existir la orden del médico tratante, cuando de las circunstancias del caso se evidencia la necesidad del uso de los mismos dada la condiciones del paciente.¹⁸

Solución del caso concreto.

35. Pasa la Sala a determinar si en el presente caso Saludcoop E.P.S vulneró los derechos alegados en la acción de tutela, al menor José Fernando Sevilla Mayorga.

36. De las pruebas obrantes en el expediente, así como del escrito de tutela y la respuesta de Saludcoop E.P.S al mismo, se evidencia que:

* El menor José Fernando Sevilla Mayorga, se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud, en calidad de beneficiario de su padre, quien devenga el salario mínimo.

* El menor José Fernando Sevilla Mayorga ha sido diagnosticado con “Síndrome de Down”.

* La madre del menor, por medio de escrito del 9 de junio de 2011, enviado Saludcoop E.P.S, solicitó se certificará si debía cancelar los valores correspondientes a la cuota moderadora y copagos, en razón a la enfermedad diagnosticada a su hijo. Igualmente requirió el suministro de los gastos de transporte en que incurre para llevar a su hijo a las diferentes terapias y consultas en la ciudad de Cali. Asimismo solicitó el suministro de pañales desechables pues debido a la enfermedad que padece su hijo éste no controla esfínteres. Finalmente, pidió que

se le suministrara el medicamento Tiroxín.

* En oficio GS-DP-SC-00352 del 14 de julio de 2012, Saludcoop E.P.S indicó que las patologías que padece el menor Sevilla Mayorga (Síndrome de Down e hipotiroidismo) no se encuentran catalogadas como enfermedades catastróficas y por tanto están sujetas al cobro de copagos y cuotas moderadoras. Respecto al suministro de pañales y de gastos de transporte indicó que los mismos se encuentran excluidos del POS. En lo concerniente al medicamento Tiroxin indicó que el principio activo del mismo es la Levotiroxina el cual se encuentra dentro del POS por lo cual se le autorizaría este, sin embargo advirtió que en caso de existir alguna falla terapéutica el médico tratante debería diligenciar el formato para ser enviado al Invima.

* En el escrito de tutela presentado por la personera municipal de Yumbo obrando en representación de la señora Martha Cecilia Mayorga López, madre del menor José Fernando Sevilla Mayorga se solicitó:

* La exoneración en el pago de cuotas moderadoras y copagos que se vienen cobrando.

* El suministro de pañales desechables que requiere el menor así como el de su alimentación, consistente en leche Gain 3,

* El acceso a los servicios de salud que requiera el menor y que garanticen su tratamiento integral, incluyendo dentro de los mismos los gastos de transporte y estadía tanto de éste como de un acompañante.

* En respuesta a la tutela Saludcoop E.P.S., indicó que la madre del menor contaba con un Ingreso Base de Cotización de siete millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$7.640.000), por lo cual no resultaba posible acceder a dicha solicitud. También señaló que en el escrito de tutela no se demostró la afectación al mínimo vital. Respecto a las otras solicitudes, la entidad negó el suministro de pañales así como también los gastos de transporte y estadía, al estimar que al ser estos insumos y servicios excluidos del POS solo podía autorizarlos en caso de existir una orden del médico tratante, situación que no ocurría en este caso. En lo que concierne a la alimentación también la negó debido a que su suministro sólo se reconoce en aquellos casos de diagnóstico de desnutrición o que se cuente con orden de alimentación parenteral, y en el presente caso al no existir dicha orden médica debía negarlos. Respecto

de la solicitud de tratamiento integral señaló que la misma se ha garantizado en la medida en que a la fecha la entidad le ha autorizado los servicios médicos requeridos y no le ha negado la prestación de servicios o entrega de medicamentos ordenados.

37. De conformidad con lo anterior, encuentra esta Sala que Saludcoop E.P.S, vulneró el derecho a la salud y a la dignidad del menor José Fernando Sevilla Mayorga, toda vez que al no acceder a las solicitudes planteadas impuso barreras de acceso a los servicios de salud requeridos por el menor.

En atención a lo establecido en los numerales 25 a 28 de esta providencia, se tiene que respecto de la capacidad de pago la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la entidad accionada demostrar la capacidad de pago del accionante, situación que no se presenta en este caso, pues pese a la afirmación de que la madre del menor registra un ingreso base de cotización de siete millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$7.640.000), en ningún momento allegó documento alguno que lo probara, pese a que el magistrado sustanciador trató de comunicarse con la entidad accionada para verificar tal afirmación, no se logró establecer comunicación con en el teléfono correspondiente al call center general de la entidad y tampoco en la regional del Valle, tal como se desprende del informe realizado por el despacho del Magistrado Sustanciador¹⁹.

Adicionalmente, al consultar la Base de Datos Única de Afiliados del Fosyga se constató que la señora Mayorga López aparece afiliada como beneficiaria del régimen contributivo y obra en el expediente copia de la solicitud de intervención al Personero Municipal de Yumbo en donde los padres del menor afirman que la señora Martha Cecilia Mayorga López, madre del menor, renunció a la empresa en la cual laboraba debido a que el cuidado de José Fernando exige una dedicación constante, que incluye las citas, terapias y exámenes a que se encuentra sujeto el menor dada su condición.²⁰

En contraste, en el expediente consta prueba de que el padre del menor Sevilla Mayorga devenga mensualmente una suma equivalente al salario mínimo²¹. Esta situación sumada al hecho de que el menor José Fernando Sevilla Mayorga se encuentra afiliado al sistema en calidad de beneficiario de su padre, tal como se lee en la respuesta a la tutela presentada por Saludcoop E.P.S, es prueba suficiente de la incapacidad económica que se predica del menor y su familia, razón por la cual deberá exonerarse del pago de cuotas moderadoras y

pagos compartidos al menor José Fernando Sevilla Mayorga, en atención a lo establecido en la jurisprudencia.

En consecuencia, esta Sala ordenara a Saludcoop E.P.S exonerar al menor José Fernando Sevilla Mayorga del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se le han exigido para acceder a los servicios de salud que necesita.

39. Respecto a las otras solicitudes que fueron negadas por la entidad accionada, esta Sala estudiará en forma separada cada una de ellas para poder determinar si la negativa a las mismas configura o no una violación del derecho a la salud del menor.

40. Frente a la solicitud de pañales, de conformidad con las consideraciones atrás enunciadas, se tiene que dichos insumos no hacen parte del plan obligatorio del régimen contributivo, conforme a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011 “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” para lo cual debe acreditarse que dicho insumo se requiere con necesidad (sin el insumo se vulnera o amenaza el derecho a la salud o a la integridad personal, no puede sustituirse por otro incluido en el plan obligatorio, no tiene los medios para costearlo y ha sido prescrito por el médico tratante), y no que se puede acceder al mismo a través de otro plan.

De conformidad con lo anterior estima esta Sala que se cumplen los requisitos atrás anotados, pues el menor José Fernando Sevilla Mayorga evidentemente requiere del suministro de pañales, puesto que en atención a la edad que tiene 2 años y medio de edad (30 meses) y al padecer síndrome de Down es claro que no tiene control de esfínteres. En efecto, de conformidad con los estudios pediátricos, los menores empiezan a tener control de esfínteres a partir de los 24 meses de edad, y en el caso de menores con síndrome de Down se tiene que logran dicho control a una edad más avanzada, teniendo como fecha máxima los 5 años de edad²². En consecuencia, no tener acceso a pañales desechables amenaza o vulnera el derecho a la integridad personal y a llevar una vida en condiciones dignas del menor José Fernando Sevilla Mayorga, dada la falta de control de esfínteres. Adicionalmente, es claro que el uso de dicho insumo no puede sustituirse por otro, y tampoco es posible acceder al mismo a través de otro plan dado que el menor se encuentra afiliado al régimen contributivo, el cual, como quedo anotado, es más amplio que el subsidiado. Igualmente,

atrás quedó demostrada la incapacidad económica del menor y de sus padres por lo que no es posible para ellos costear dicho insumo. Respecto a la última exigencia (que haya sido prescrito por el médico tratante), en el presente caso no aparece probado dentro del expediente dicho requisito, sin embargo conforme a la jurisprudencia anotada anteriormente (numeral 34) en el presente caso es evidente la necesidad que tiene el menor del uso de los pañales en atención a la edad y a su diagnóstico de síndrome de Down.

En consecuencia, la negativa de Saludcoop E.P.S de suministrar pañales al menor José Fernando Sevilla Mayorga se constituye en una vulneración al derecho fundamental a la integridad personal y dignidad del menor, por lo que se ordenará a la entidad accionada suministrar los pañales que éste requiera hasta el momento en que logre el control efectivo de esfínteres. Dicho control efectivo deberá establecerse a través de valoración realizada por un médico especialista adscrito a la EPS accionada.

41. En lo concerniente a la solicitud de alimentación a través del suministro de leche GAIN 3, es necesario establecer que para el presente caso dicho insumo no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. En efecto el artículo 70 del mencionado Acuerdo 29 de 2011 establece:

“Artículo 70. Complementos Nutricionales. El Plan Obligatorio de Salud para los menores de edad cubre:

1. Fórmula láctea para niños lactantes menores de seis (6) meses, hijos de mujeres VIH positivas, según el criterio del médico o nutricionista tratante.
2. Alimento en polvo con vitaminas, hierro y zinc, según guía OMS para menores entre seis (6) y veinticuatro (24) meses, según el criterio del médico o nutricionista tratante”.

De conformidad con la anterior cita se tiene que el suministro de fórmula láctea y de alimento en polvo está cubierto por el Plan Obligatorio siempre y cuando el paciente se enmarque dentro de los rangos de edad establecidos en dicha normativa. En el caso que nos ocupa es claro que el suministro del alimento en polvo se encuentra excluido del POS dado que el menor José Fernando Sevilla Mayorga cuenta con 30 meses de edad, por la cual se debe acreditar que el mismo de requiere con necesidad y que no es posible acceder al mismo a través de otro plan.

En el presente caso no obra en el expediente prueba de que el médico tratante del menor haya ordenado el suministro del complemento nutricional (leche GAIN 3), razón por la cual no se encuentra acreditado que dicho insumo se requiera con necesidad. Sin embargo, en virtud del derecho al diagnóstico, toda persona tiene garantizado el acceso a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer si requiere de un servicio, medicamento o insumo determinado. En consecuencia, la negativa de Saludcoop E.P.S de acceder al suministro de dicho insumo sin haber valorado si el mismo se requiere o no, se constituye en un irrespeto al derecho a la salud del menor Sevilla Mayorga. Así, Saludcoop E.P.S deberá garantizar que dos médicos especialistas valoren al menor para determinar si éste requiere o no el suministro del complemento nutricional. En caso de que dichos especialistas determinen que es pertinente autorizar dicho complemento, Saludcoop E.P.S deberá suministrarlo siguiendo las órdenes de los especialistas respecto a la cantidad, calidad y regularidad del alimento en polvo.

42. Respecto de la solicitud de cubrimiento de gastos de transporte y estadía tanto del menor como de un acompañante, encuentra la Sala que la posición asumida por la entidad demandada desconoce las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha establecido al respecto. Como se esclareció en el numeral 31 de la parte considerativa de esta providencia, las entidades promotoras de salud están en la obligación de suministrar los gastos de transporte, alojamiento y manutención cuando: i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagarlos y, además, cuando ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Frente al primer requisito, esto es la capacidad económica de la familia del menor quedo claro, en el numeral 38 de esta providencia, que estos carecen de la misma dada la presunción según la cual la incapacidad económica se supone en aquellos casos en que se devenga el salario mínimo legal mensual. En lo atinente al riesgo que correría el menor por no poder acceder a las terapias, exámenes y demás formas de tratamiento que requiera para tratar el síndrome de Down, es claro que dada las características de este condición²³ es necesario acceder a los servicios de salud que requiera, so pena de verse comprometida la salud, integridad y hasta la vida de la persona.

42. En el presente caso también es posible reconocer los gastos de transporte y estadía de

un acompañante, pues se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia. En efecto, el menor José Fernando Sevilla Mayorga es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento dada su corta edad y su padecimiento, razón por la cual requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, otra vez por su corta edad y tal como se demostró, ni él ni su familia cuentan con los recursos suficientes para financiar los gastos de transporte.

Por consiguiente, encuentra la Sala que en el presente caso se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia para que la Entidad Promotora de Salud suministre los gastos de transporte y estadía del menor José Fernando Sevilla Mayorga y un acompañante, en consecuencia ordenará a Saludcoop E.P.S autorizar el cubrimiento de los gastos de transporte del menor y un acompañante desde Yumbo hasta Calí para poder acceder a los servicios de salud que el menor requiera.

43. Respecto a la solicitud de tratamiento integral considera esta Sala que salvo los casos específicamente analizados en la presente sentencia, Saludcoop E.P.S ha garantizado los demás servicios requeridos por el menor, tal como se desprende de los documentos obrantes en el expediente,²⁴ razón por la cual no estima necesario entrar a dar órdenes específicas al respecto, pero sí advierte a la entidad accionada que no podrá incurrir en acciones u omisiones que pongan en peligro la vida, la salud o la integridad personal del menor José Fernando Mayorga Sevilla, ni suspender los servicios de salud que requiera el usuario para el tratamiento del Síndrome de Down.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Sexto (6º) Civil del Circuito de Cali, del cinco (5) de octubre de 2011, que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado Segundo (2º) Civil Municipal de Yumbo- Valle, del veinticinco (25) de agosto de 2011, por medio de la cual se concedió el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela interpuesta por Diana Milena Franco Atehortúa en su calidad de Personera Municipal de Yumbo - Valle y actuando en representación de Martha Cecilia Mayorga López agente oficioso de su hijo menor de edad

José Fernando Sevilla Mayorga y, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del menor José Fernando Sevilla Mayorga en las condiciones establecidas en las consideraciones de la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S que exonere de manera inmediata al menor José Fernando Sevilla Mayorga del pago de las cuotas moderadoras y copagos que hasta ahora se le han exigido para acceder a los servicios de salud que necesita.

TERCERO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S que suministre al menor José Fernando Sevilla Mayorga los pañales desechables que requiera hasta el momento en que logre el control de esfínteres definitivo. Dicha fecha será determinada por un médico especialista adscrito a Saludcoop EPS, previa valoración al menor.

CUARTO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia garantice que dos médicos especialistas valoren al menor José Fernando Sevilla Mayorga para determinar si éste requiere o no el suministro del complemento nutricional. En caso de que dichos especialistas determinen que es pertinente autorizar el suministro dicho complemento, Saludcoop E.P.S deberá hacerlo siguiendo las órdenes de los especialistas respecto a la cantidad, calidad y regularidad del alimento en polvo a suministrar.

QUINTO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S autorizar el cubrimiento de los gastos de transporte del menor y un acompañante desde Yumbo hasta Calí para poder acceder a los servicios de salud que el menor requiera.

SEXTO.- ADVERTIR a Saludcoop E.P.S que no podrá incurrir en acciones u omisiones que pongan en peligro la vida, la salud o la integridad personal del menor José Fernando Mayorga Sevilla, ni suspender los servicios de salud que requiera el usuario para el tratamiento del Síndrome de Down.

SEPTIMO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados

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

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Según consta la copia del Registro Civil de Nacimiento, la fecha de nacimiento del menor es 15 de enero de 2010, por lo que a la fecha de expedición de esta sentencia el menor cuenta con aproximadamente 2 años y 6 meses de edad. Folio 2 Cuaderno No. 1 del expediente.

2 Así consta en la copia de la Historia Clínica del menor José Fernando Sevilla Mayorga en la fecha del nacimiento. Folio 36 Cuaderno No. 1 del expediente.

3 Esta información se ratifica con la copia del formulario de novedades de afiliación No. 13846238, en donde constan como beneficiarios del señor José Fernando Sevilla Aguilar las siguientes personas: José Fernando Sevilla Mayorga, Martha Cecilia Mayorga López y Juan Carlos Mondragón Mayorga. Folio 26 Cuaderno No. 1 del expediente.

4 Copia del oficio 949 del 19 de agosto de 2011 visible en folio 149 del Cuaderno No. 1 del expediente.

5 Al respecto ver entre otras las sentencias SU-225 de 1998, T-037 de 2006, T-760 de 2008, T-763 de 2010 , T-114 de 2011, T-845 de 2011 y T-869 de 2011.

6 Al respecto ver entre otras las sentencias T-417 de 2007, T-760 de 2008, T-739 de 2011 y T-845 de 2011

7 Al respecto ver las sentencias T-760 de 2008, T-114 de 2011, T-845 de 2011 y T-869 de 2011.

8 Sentencia T-114 de 2011.

9 En esta providencia se sistematizaron y compilaron las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional había establecido hasta la fecha respecto al derecho a la salud.

10 Sentencia T-760 de 2008, numeral 4.4.

11 Sentencia T-760 de 2008.

12 Sentencia T-760 de 2008, numeral 4.4.5.1.5.

13 Sentencia T-760 de 2008, numeral 4.4.5.1.6.

15 Sentencia T-212 de 2011

16 Al respecto ver la sentencia T-320 de 2011, en donde se hace referencia a lo establecido en las sentencias T-099 de 1999, T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-965 de 2007, T-202 de 2008 y T-437 de 2010.

17 Según lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011 “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.

18 Al respecto ver entre otras las sentencia T-053 de 2011, T-320 de 2011y T-974 de 2011.

19 Informe visible a folio 20 Cuaderno Principal del expediente.

20 Folio 2 Cuaderno No. 1 del expediente.

21 Folios 22 y 23 del Cuaderno No. 1 del expediente donde reposa copia de desprendibles de pago realizado por la empresa Transportes Especiales Ciudad de Cali SAS al señor José Fernando Sevilla Aguilar por concepto de salario básico correspondiente al período Mayo 16 a 31 de 2011 y Junio 1 a 15 de 2011, por la suma de doscientos sesenta y siete mil ochocientos pesos cada uno.

22 “Además del desarrollo psicomotor, otra de las grandes cuestiones que se plantean las familias es cuándo es normal que se controlen esfínteres, o hasta qué punto su hijo está siendo suficientemente autónomo. En este sentido, encontramos con satisfacción niños con síndrome de Down que son más autónomos o se les exige ser más autónomos que a otros que no lo tienen. Así, sus familias están tan mentalizadas de la importancia de que sus hijos sean autónomos que a veces, en edades tempranas, lo son más que otros de su misma edad.

En esto, como en el resto de los aspectos del desarrollo, influye mucho el grado madurativo del niño y, como siempre, la variabilidad es grande. Para controlar los esfínteres, es recomendable comenzar cuando el niño empieza a dar muestras de que se siente mojado o sucio, y que desea cambiarse el pañal. Esto suele ocurrir en torno a los 3 años, pero si nuestro niño tiene 3 años y no observamos estas señales, es mejor esperar un poco más. Los periodos estivales, en los que hace mejor tiempo e incluso en los que el niño está en traje de baño a menudo, son un buen momento para intentarlo. Podemos dejar al niño sin pañal y observar su reacción cuando se hace pis o caca. Si no hay reacción y el niño ya tiene cuatro años, se le puede explicar lo que está ocurriendo para que sea consciente de estas sensaciones. La mayoría de los niños con síndrome de Down han conseguido el control diurno a los cinco años, y si aún no lo han hecho, en estas edades suele conseguirse en pocas semanas, lo cual no significa que ya no haya escapes, porque éstos son habituales a lo largo de mucho tiempo; también pueden observarse retrocesos en momentos de estrés, cambios en el ambiente (de personas, de lugares), nervios, agitación, etc. El control nocturno es más lento.

Buckley expone las siguientes edades orientativas en el control de esfínteres:

1. Permanece seco durante el día

1. 36 meses (18-50 meses)

1. Tiene control intestinal

1. 36 meses (20-60 meses)

1. Permanece seco durante la noche

1. 60% entre los 7 y los 14 años

1. Emplea el retrete/orinal sin ayuda

1. De 4 a 5 años

1. Contención plena

1. 98% entre los 11 y los 20 años

Como comentamos, la variabilidad es amplia, como reflejan los datos de Pueschel, que sitúan el control de la vejiga en los 48 meses (dentro de un intervalo 20-95 meses) y el del intestino en los 42 meses (dentro de un intervalo entre los 28-90 meses). En nuestra experiencia, encontramos muchos niños que se acercan más a estos datos que a los de Buckley". DIAZ-CANEJA, Patricia. Edades de adquisición de hitos madurativos en los niños con Síndrome de Down. Revista Virtual Fundación Iberoamericana Down21. Disponible en: <http://www.down21.org/revista/2006/mayo/articulo.htm>

23 "Clínicamente se caracteriza por retraso mental, hipotonía generalizada y un fenotipo característico. Se han descrito cerca de 300 signos o manifestaciones clínicas, pero es importante destacar que muchos de ellos aislados pueden presentarse en sujetos normales y no siempre están todos presentes en un mismo paciente; por ello es útil conocer la especificidad diagnóstica de esos rasgos, la cual va a depender de su frecuencia en la población general. Con respecto al desarrollo, todos los individuos con SD tienen cierto grado de retraso mental, existiendo una amplia variación en la severidad del mismo. Presentan además alteraciones neuropsicológicas. La importancia clínica del SD radica no sólo en ser la primera causa congénita de retardo mental, sino en que estos niños tienen mayor riesgo de presentar anomalías congénitas y enfermedades médicas. Las anomalías congénitas más frecuentes son: cardiovasculares, 40% (defecto de los cojinetes endocárdicos, comunicación interventricular, comunicaciones interauricular); digestivas, 8 a 12% (fístula traqueoesofágica, estenosis pilórica, atresia duodenal, páncreas anular). Dentro de las enfermedades médicas más frecuentes se destacan: alteraciones endocrinas como disfunción tiroidea (hipotiroidismo), infertilidad, diabetes insulino requiriente; alteraciones oculares como error de refracción, miopía, estrabismo, nistagmo, cataratas; alteraciones auditivas como otitis media serosa crónica que produce pérdida conductiva leve a moderada

de la audición; alteraciones osteoarticulares, de las cuales la principal es la subluxación atlantoaxial con una incidencia entre 9 y 20%, y menos frecuentes la displasia del desarrollo de la cadera, patología de pie e inestabilidad femoro-patelar; alteraciones hematológicas con mayor riesgo de procesos malignos siendo la leucemia la forma más frecuente, con un riesgo 20 veces superior. Presentan mayor incidencia de alteraciones inmunológicas, con elevada susceptibilidad a las infecciones y trastornos autoinmunes". SASTRE, DIANA; ZABALA, CRISTINA y LANZA, ANDREA. Atención de niños con síndrome de Down. Arch. Pediatr. Urug. [online]. 2004, vol.75, n.2 [citado 2012-06-25], pp. 125-132 . Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-05842004000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0004-0584.

24 En folios 13 a 21 reposa copia de las diferentes autorizaciones que Saludcoop E.P.S ha realizado respecto a varios servicios requeridos por el menor tales como fisioterapia, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, consulta por herniorrafía umbilical + circuncisión, autorización de anestesia, consulta y diagnóstico de hipotiroidismo, orden de medicamento y de examen diagnóstico de control.