

Sentencia T-910/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de medicamentos, tratamiento e intervenciones de alto costo/INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto el medicamento no fue ordenado por médico adscrito a la EPS y los padres cuentan con capacidad económica.

Referencia: expediente T-1113952

Acción de tutela instaurada por María Fernanda Acuña contra Humana Vivir EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgado Sesenta y Dos Civil Municipal y Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por María Fernanda Acuña contra Humana Vivir EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora María Fernanda Acuña en representación de su hijo Pablo Sentena Acuña, presenta a través de apoderado judicial acción de tutela contra la EPS HUMANA VIVIR, por considerar que dicha entidad, al no autorizarle a éste el suministro del medicamento denominado “Somatropina”, que requiere con carácter urgente para tratar la grave patología que padece, le ha conculcado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y al libre desarrollo de la personalidad.

1. El menor Pablo Sentena Acuña presenta desde su nacimiento (16 de julio de 2001) un cuadro clínico denominado “asociación de vater”, lo que le ocasiona entre otras afecciones, el siguiente cuadro clínico: “Paciente con Dx de insuficiencia Renal Crónica moderada con displasia renal y megaureter, en tratamiento pre diálisis hace un año con el fin de aumentar de peso y talla, para así recibir un trasplante antes de necesitar diálisis.”

2. El médico endocrinólogo que lo trata, le formuló de manera urgente el medicamento “Somatropina” (hormona que activa el crecimiento), en forma diaria, por seis (6) días a la semana, en procura de que éste alcance la talla que le permita recibir el trasplante de riñón que requiere para sobrevivir y llevar una vida digna.

3. Asevera que la entidad accionada, en anteriores ocasiones le hizo entrega del medicamento, pero que en la última petición el Comité Técnico Científico de la EPS, se lo negó aduciendo que la fórmula estaba mal hecha y no era clara, y que además en ella no se precisaba que fuera esencial para la vida del paciente.

4. Señala que con posterioridad a tal decisión, reiteró la solicitud a través de apoderado judicial, siendo igualmente negada la misma.

5. Argumenta que con tal proceder se le está vulnerando al menor el derecho a la salud en conexión con el derecho a una vida digna y el de la igualdad, pues sostiene, que si el medicamento requerido no aparece incluido en el POS, la entidad demandada en aplicación del principio diferenciador de la igualdad material y del artículo 40 de la Constitución Política, debió proceder a la entrega del mismo.

2. Intervención de la entidad accionada.

La entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela a través de su Representante Legal, donde solicita negar el amparo impetrado con fundamento en las siguientes consideraciones:

-Afirma que la atención médica del menor está garantizada por parte de la accionada, al haber previsto la prestación de los servicios contenidos en el POS-CONTRIBUTIVO a través de su red de servicios, y por lo tanto, el menor cuenta con IPSs donde puede recibir atención a sus necesidades, pero advierte que el usuario no ha acudido a ese servicio.

-Precisa que la señora María Fernanda Acuña, tiene contrato de medicina prepagada con “Humana Compañía de Medicina Prepagada,” la cual le está prestando el servicio de salud requerido, toda vez, que al paciente lo está tratando un médico endocrinólogo vinculado a dicha entidad.

-Por lo anterior aduce, que a Humana Vivir EPS, no le corresponde dar un medicamento no prescrito por un médico adscrito a su red de servicios.

- Recuerda que de conformidad con el parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998, la entidad demandada no puede suministrar un medicamento o un examen excluido del POS.1

-Sostiene además, que existe la presunción de que los padres del menor tienen capacidad de pago, porque el padre es ortopedista y la madre es propietaria de una empresa de postres, por lo que puede de su propio peculio, costear el medicamento que se reclama.

-De otro lado precisa, que si el servicio reclamado por la actora, lo debe prestar Humana Compañía de Medicina Prepagada, ésta debe hacer parte de la litis.

-Finaliza indicando que la presente acción de tutela, no es procedente, toda vez, que al menor no se le está causando un perjuicio irremediable y no se le ha negado la prestación del servicio de salud por parte de la EPS Humana Vivir.

3. Pruebas

En el expediente obran, entre otras las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la fórmula Médica suscrita por el Dr. Mauricio Coll donde ordena el medicamento Somatropina.

-Fotocopia de la factura del 16 de marzo de 2005 donde se acredita la compra del medicamento Somatropina (Genotropin 16 IU), por parte de la señora María Fernanda Acuña a Pfizer S.A., por valor de \$ 390.600.

-Fotocopia de las facturas de compra de otra serie de medicamentos para el menor Pablo Sentena Acuña.

-Fotocopias de los formularios de liquidación de aportes a la EPS Humana Vivir

correspondiente a los meses de febrero a mayo de 2005 donde aparece registrada la señora María Fernanda Acuña con un ingreso base de liquidación de \$ 550.000.

-Extractos bancarios de la cuenta corriente del Banco Unión a nombre de “Sentena Blanco Pedro Javier o Acuña”, correspondientes a los meses de noviembre de 2004 a febrero 2005.

-Certificación sobre el crédito otorgado a los padres del menor por la Sociedad Fondo Inmobiliario S.A., por un valor a marzo de 2005 de \$ 111.197.892.

-Recibos de pago del Colegio Helvetia a nombre de los menores Daniel Enrique y Mariana Sentena Acuña y del Jardín Periquito, donde estudia Pablo Sentena Acuña.

-Resumen de la Historia Clínica de Pablo Sentena Acuña expedida el 11 de enero de 2005, por la Unidad Renal de la Fundación Santa Fe de Bogotá.

-Fotocopia de exámenes de laboratorios del menor Pablo Sentena Acuña.

-Fotocopia de la entrega del medicamento “somatropina” del 14 de mayo de 2004.

-Fotocopia de la comunicación del 27 de abril de 2005, suscrita por el Gerente Médico de la Unidad Médica de Diagnósticos S.A., “UMD” donde informa que la razón por la que no le prestaron unos servicios médicos en marzo y abril/05, obedece a que el núcleo familiar de la actora no aparece registrado dentro del listado reportado por Humana Vivir EPS a dicha entidad.

- Certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá correspondiente a la Sociedad Postres Vicky S. A., donde aparece registrada la señora María Fernanda Acuña Martínez como Miembro Principal de la Junta Directiva (segundo renglón) y como Suplente del Gerente.

- Copia de la Matrícula Inmobiliaria 50N-147424 correspondiente a la Unidad inmobiliaria conjunto residencial Calatrava Calle 128 A No 55 A 26.

- Copia de la Matrícula Inmobiliaria 50N-20107631 correspondiente al Apartamento 702 conjunto residencial Lancasteria.

- Copia de la Matrícula Inmobiliaria 50N-20107574 correspondiente al garaje 25 conjunto

residencial Lancasteria.

- Copia de la Matrícula Inmobiliaria 50N-20107586 correspondiente al garaje 37 conjunto residencial Lancasteria.

- Copia de la Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20277021 correspondiente Penthouse Suite 1020 edificio Teleport Business Park Calle 144 N° 9-01.

4. Decisiones Judiciales que se revisan.

4.1 Fallo de Primera Instancia.

El Juzgado Sesenta y Dos Civil Municipal de Bogotá en providencia del 1º de marzo de 2005 concede el amparo impetrado, pues precisó que según se afirma en la demanda y no lo desvirtúa la accionada, al menor Pablo Sentena Acuña, le prescribieron con urgencia el suministro del medicamento Somatropina, el cual no le fue autorizado por Humana Vivir EPS, entre otras razones: i) por estar fuera del POS; ii) porque la fórmula médica expedida por el médico tratante no aclara el tiempo de tratamiento requerido; iii) por considerar que no existe riesgo inminente para la vida y salud del paciente.

A ese respecto el A quo sostiene que si bien es cierto lo afirmado, para el caso se observa que el menor afronta una enfermedad que requiere el tratamiento de forma inmediata, para así practicarle un transplante renal, con lo cual no necesitaría de la realización de diálisis, las cuales además de empeorar su calidad de vida le aumentan el riesgo de morir, y por tanto, lo privan del derecho a disfrutar de una vida digna, entendida ésta no sólo como la mera existencia física de la persona, sino como la realización efectiva de los derechos fundamentales que incluye la posibilidad de acceder a una cierta calidad de vida acorde con los adelantos médicos científicos actualmente disponibles.

Asevera que la EPS Humana Vivir, debe suministrar la medicina solicitada, pese a que no aparezca contemplada en el POS, por cuanto los derechos a la salud y la seguridad social son fundamentales y de aplicación inmediata, cuando se trata de los niños (Art. 44 C. P.).

Sostiene que en el presente caso, se observa que el menor está afiliado a la EPS demandada, lo que le da derecho a que dicha entidad cubra la totalidad de los costos, por razón a la tutela, y que implica el suministro del medicamento denominado Somatropina, la práctica de

exámenes, cirugías y tratamientos que se consideren necesarios a fin de tratar la enfermedad crónica renal que lo aqueja.

Así mismo controvierte la decisión adoptada por el Comité Técnico Científico, que negó un medicamento tan vital para el menor, bajo el argumento de que la fórmula médica no definía claramente el tiempo de tratamiento requerido, cuando tal imprecisión podía en su concepto ser subsanada, con una simple aclaración del médico que expidió la fórmula para obtener claridad al respecto; aún menos procedente encuentra exigir que dentro del resumen de historia clínica se determine que deba existir un riesgo inminente para la vida y la salud del paciente.

De igual manera, señala que no comparte el criterio esgrimido por la demandada, para no suministrar al menor el medicamento requerido, señalando que éste tiene un contrato de medicina prepagada con Humana Vivir, pues aduce que ello no está debidamente acreditado dentro del plenario.

En lo que atañe a que el medicamento no lo prescribió un médico de su red de servicios, el Juzgado sostiene que tal aseveración no está tampoco acreditada, toda vez, que advierte que al observar las respuestas a las solicitudes de no POS, en manera alguna se indica en ellas no acceder al suministro del medicamento Somatropina por tal argumento, sino que aducen otros motivos, lo que lo lleva a concluir que la EPS accionada pretende sólo evadir su responsabilidad, pues no fue clara al momento de la negación del medicamento, señalando de manera enfática que ello se debía a que el médico que lo recetó no estuviera adscrito a la EPS accionada.

En lo referente a la presunción de que los padres del paciente tienen capacidad económica para asumir el costo de la medicina, toda vez que el padre es ortopedista y la madre es dueña de la empresa Postres Vicky, el Juzgado considera que la carga de la prueba le corresponde a la demandada, la cual no ha sido asumida por ésta dentro del proceso.

Por último destaca que según la declaración juramentada de la actora, el núcleo familiar está compuesto por su esposo y sus hijos Daniel Sentena Acuña de 7 años y medio, Mariana Sentena de 5 años y medio y Pablo de 3 años y medio, por lo que entonces los padres del menor enfermo no tienen solamente a Pablo, sino que existen otros dos menores, que también requieren de un gasto mensual para poderles brindar una vida digna y el ingreso

que la señora Acuña Martínez obtiene es tan solo de quinientos cincuenta mil pesos (\$ 550.000) mensuales, debido a que trabaja solamente el tiempo que la enfermedad de su hijo se lo permite y que por la profesión de su padre (médico ortopedista), no debe contar con unos recursos representativos.

4.2 Impugnación.

La entidad demandada procedió a impugnar el fallo de tutela proferido por el A quo con fundamento en las siguientes consideraciones:

1- La atención médica se encuentra garantizada por parte de Humana Vivir S.A., EPS al haber previsto y asegurado la prestación de los servicios contemplados en el POS-CONTRIBUTIVO estableciendo formal y contractualmente una red de servicios. Por tanto el usuario cuenta con la IPS asignada donde puede ser atendido según sus necesidades.

2- Respecto del medicamento solicitado anota que el mismo fue ordenado por un médico que se encuentra fuera de la red de servicios de la EPS Humana Vivir S.A.

En efecto el doctor Mauricio Coll Barrios, médico endocrinólogo que atiende al menor en la Fundación Santa Fe de Bogotá, no labora para la EPS accionada, razón por la cual no puede ésta proceder a su autorización.

3- Sostiene que si bien, la Corte ha expresado en diferentes oportunidades, que las normas que regulan la exclusión de medicamentos del POS deben aplicarse, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pues cuando está de por medio la vida, es posible inaplicar las normas que facultan a la EPS a no suministrar un medicamento o a no autorizar un examen excluido del POS, lo anterior no significa, que la inaplicabilidad de las disposiciones sobre la materia proceda de manera automática, pues es obvio que ello sólo es posible cuando se cumpla con unos determinados requisitos que para el caso no se cumplen.

En efecto precisa, que la parte actora tiene un contrato de medicina prepagada con Humana Compañía de Medicina Prepagada (N° 0112000050036) y que el menor Pablo Sentena Acuña, está siendo tratado por su médico endocrinólogo a través de dicho contrato.

Por tal razón anterior, a Humana Vivir S.A. EPS no le corresponde dar un medicamento no

prescrito por un médico de su red de servicios.

Asevera igualmente que se presume que existe capacidad de pago por parte de su familia, dado que el padre es ortopedista y la madre tiene un negocio propio, pues es dueña de la empresa denominada Postres Vicky.

Advierte además, que en su momento solicitó la integración del litis consorcio necesario con la Empresa de Medicina Prepagada Humana S.A., entidad totalmente distinta a Humana Vivir S.A. EPS., petición que no fue atendida por el juez de primera instancia, lo cual transgrede los derechos fundamentales de la accionada al derecho de defensa y debido proceso.

Por lo expresado solicita, que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma presenta yerros de hecho y de derecho que no permiten la materialización de lo ordenado, generando así nulidad de todo lo actuado por violación de los derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa.

Cabe mencionar que posteriormente la entidad accionada presenta escrito mediante el cual amplía y complementa lo afirmado en la impugnación y donde además señala que el Sistema de Salud ha establecido como pilares fundamentales los Principios del Equilibrio Económico e Igualdad de Oportunidad, en atención a que se busca una utilización justa de los recursos en igualdad de condiciones, oportunidad y justicia social, pues precisa que una indebida utilización de los mismos puede causar perjuicios irremediables a la salud de los usuarios que verdaderamente necesitan del subsidio del Estado.

En tal sentido indica que el medicamento somatropina solicitado por la señora María Fernanda Acuña Martínez en favor de su menor hijo, está fuera del POS. Por lo tanto de conformidad con el Parágrafo del Artículo 28 del Decreto 806 de 1998, debe ser el mismo usuario quien debe sufragar el costo de los servicios excluidos del POS, a menos que no tenga capacidad de pago.

Asevera que en el caso de la actora se logró establecer que se trata de una persona que cuenta con una gran capacidad económica, ya que es propietaria de varios inmuebles de estrato económico alto, dentro de los cuales se menciona una casa en el conjunto residencial Calatrava (Calle 128 A No 55 A 26), un Apartamento en el conjunto residencial Lancastria con dos garajes y un PentHouse Suite 1020 edificio Teleport Business Park (Calle 144 N° 9-01).

Por lo expresado, considera que resulta injusto que los recursos del sistema de salud se estén utilizando en una persona que tiene una capacidad económica tan alta como la de la actora que perfectamente puede sufragar de su propio peculio, como la ley lo manda, los servicios que su hijo requiere.

Sostiene además que la conducta de la usuaria es desacertada y desde todo punto de vista inhumana, sabiendo que tiene capacidad económica y que los recursos del Sistema de Salud deben ser destinados en aquellas personas que verdaderamente necesitan que se les subsidien los servicios de salud. No resulta acertado y sí de mala fe que presente acciones de tutela para lograr una decisión que patrocine su indebida conducta.

4.3 Fallo de Segunda Instancia.

El Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá D.C., en decisión adoptada el 25 de abril de 2005, revoca el fallo objeto de impugnación, pues señala, que para que proceda la orden de amparo por esta vía respecto de medicamentos y procedimientos excluidos del P.O.S., se deben cumplir con los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional, los cuales no se cumplen en el presente caso.

En efecto señala, que el médico que ordenó al menor el medicamento somatropina, no fue un profesional adscrito a la entidad accionada.

Además, los padres del menor no han demostrado la incapacidad económica que también es indispensable para acceder al amparo, pues para el caso se evidencia que la actora en su declaración jurada, señala que labora en una empresa familiar de postres en donde recibe \$ 550.000 mensualmente y que su esposo es médico ortopedista adscrito a Colsanitas que devenga un promedio mensual de \$3.258.886.00, lo que permite concluir que los ingresos mensuales del núcleo familiar del menor, no corresponden a aquellos que hagan deducir la incapacidad económica a que alude la jurisprudencia constitucional para poder conceder el amparo tutelar, por tanto estima que no resulta de recibo los planteamientos que sobre el asunto se hacen en el fallo censurado.

Recuerda que la Constitución Política establece el principio de solidaridad, y que dentro del sistema de seguridad social, éste cobra gran importancia, en tanto que el Estado debe asegurar el acceso integral de la salud a los sectores de la población cuyos recursos

económicos resultan insuficientes, pues son ellos los que mayor atención requieren en tanto su capacidad de pago se encuentra verdaderamente restringida.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas por los jueces de instancia dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los hechos narrados por las partes y las pruebas aportadas en el proceso, es claro que el problema jurídico en el presente caso radica en definir si la EPS Humana vivir S.A., violó el derecho a la integridad física y a la salud del menor Pablo Sentena Acuña, al negarse a suministrarle el medicamento somatropina que requiere con urgencia para tratar la patología que padece, aduciendo que el mismo está excluido del POS y no fue formulado por un galeno adscrito a dicha entidad.

3. Consideraciones de la Corte:

3.1 Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud de los menores. Afectación de la dignidad como elemento integral del derecho a la vida.

Esta Corporación de manera reiterada² ha manifestado que el amparo por vía de tutela, es procedente cuando el titular del mismo sea una de las personas que de conformidad con el artículo 13 Superior, requiera de una especial protección por razón de su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros.

De igual manera, la Corte atendiendo el mandato constitucional impuesto por el artículo 44 de la Constitución Política, se ha referido en diferentes oportunidades al derecho a la salud en el caso de los niños, y ha manifestado que en cuanto derivado del derecho a la vida y en procura de garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto

incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial.³

En efecto, dentro de un Estado Social de Derecho, la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan los menores que carecen de recursos y que por su estado de salud física o mental, por su edad o por su nivel de desarrollo, impone la obligación de brindar un trato preferente con fundamento en el interés superior que los ampara.

A este respecto debe tenerse además en cuenta que como lo ha manifestado la Corte,⁴ en diferentes oportunidades, la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducido a su simple existencia biológica, sino que la misma debe entenderse dentro de una dimensión mucho más amplia, que comprende una vida digna.

3.2 La exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y suministros de elementos médicos dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. La jurisprudencia constitucional cuando está en juego la salud de los niños.

De otra parte debe tenerse en cuenta, que para que el Sistema General de Seguridad Social en Salud sea viable financieramente, se previó un régimen de exclusiones dado que los recursos del sistema son escasos y que el hecho de asumir todas las necesidades que depara la población en salud resultan altamente onerosas, tanto para las entidades públicas como privadas que los prestan.

Lo anterior implica entonces, que los recursos con que cuenta el sistema de salud deben destinarse prioritariamente a lo más urgente e indispensable, para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad que lo rigen, excluyéndose así los tratamientos, que de no ser autorizados, no afectan los derechos fundamentales de quien los solicita, pues si se prescinde de éstos no se derivan consecuencias negativas para la salud.

Sin embargo como lo ha manifestado esta Corporación⁵ en ocasiones anteriores, cuando aparezca que con la aplicación del Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad de las personas, la Corte ha dispuesto que en tales circunstancias, se inaplique la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, ordenando su suministro para evitar

de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de las garantías constitucionales, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia de tratamientos comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio, pues por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.⁶

De idéntica manera esta Corporación⁷ en el particular caso de los niños, ha procedido a inaplicar la reglamentación del plan obligatorio de salud, cuando ha encontrado que con dicha actuación se vulneran los derechos fundamentales de los niños y en tales casos ha procedido a aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución, pues ha señalado que la disposición legal en la cual se amparaba la negativa de brindar un tratamiento médico que se requiere para mejorar la salud de los niños, se desconoce el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 Superior, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores, pues ha considerado que la omisión de brindar un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas físicos o psicológicos afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano.

En tales casos ha determinado la Corte, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad promotora de salud a la que esté afiliado el beneficiario, pero ésta tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.⁸

No obstante lo señalado, la Corte también ha precisado⁹ que para que en estos eventos el juez constitucional que concede el amparo pueda inaplicar las reglas que facultan a las E.P.S. para no suministrar un medicamento excluido del P.O.S., deben darse los siguientes supuestos, a saber:

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

iii) 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.

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

4. Análisis caso concreto

La señora María Fernanda Acuña en representación de su hijo Pablo Sentena Acuña, sostiene que la EPS HUMANA VIVIR, al no autorizarle el suministro del medicamento denominado “somatropina”, que requiere con carácter de urgencia para alcanzar la talla y el peso que le permita al menor recibir el trasplante de riñón, le ha conculcado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y al libre desarrollo de la personalidad.

La entidad accionada por su parte sostiene que el medicamento solicitado, le fue ordenado por un médico endocrinólogo que lo atiende a través del contrato de medicina prepagada que la actora tiene con Humana Compañía de Medicina Prepagada, por lo tanto a la EPS demandada, no le corresponde suministrarlo, dado que el mismo no fue prescrito por un médico de su red de servicios y además se encuentra por fuera del POS.

Así mismo destaca, la capacidad de pago que tiene la familia del menor, pues su padre es ortopedista y la madre tiene un negocio propio de postres, además de que la actora es dueña de varios inmuebles.

De otra parte precisa que la atención al menor contenida en el POS por parte de la EPS demandada, está garantizada a través de la red nacional establecida para tal efecto, pero que el usuario no ha acudido a ella, por decisión unilateral.

El Juzgado Sesenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, decidió tutelar los derechos invocados en la demanda y en tal medida ordenó suministrarle el medicamento formulado por el especialista tratante, así como el tratamiento, medicamentos y demás atenciones en salud que el paciente requiera e igualmente ordena al Fosyga que dentro del término de 15 días restituya a la entidad accionada los costos del tratamiento que se deriven del mismo, por cuanto los derechos a la salud y la seguridad social son fundamentales y de aplicación inmediata, cuando se trata de los niños (Art. 44 C. P.).

Contra la decisión anterior, la entidad accionada presentó impugnación en la que ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda y donde básicamente plantea que la fórmula médica fue expedida por un médico que no está adscrito a la EPS Humana Vivir, que así mismo el medicamento solicitado se encuentra por fuera del POS, que el menor Pablo Sentena Acuña, está siendo tratado por su médico endocrinólogo a través del contrato de medicina prepagada que la actora tiene con “Humana Compañía de Medicina Prepagada” (contrato N° 0112000050036) y que además los padres del menor tienen suficiente capacidad de pago, por lo que pueden de su propio peculio, costear el medicamento que se reclama.

El Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, decidió revocar el fallo impugnado aduciendo que para que proceda la tutela respecto de medicamentos y procedimientos excluidos del P.O.S., se debe cumplir con los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional, lo cual no se efectúa en el presente caso, pues el médico que ordenó al menor el medicamento somatropina, no está adscrito a la entidad accionada e igualmente los padres del menor no demostraron la incapacidad económica que es indispensable para acceder al amparo.

De otra parte recuerda que la Constitución Política establece el principio de solidaridad, y que dentro del sistema de seguridad social, éste cobra singular importancia, en tanto el Estado debe asegurar el acceso integral de la salud a los sectores de la población cuyos recursos económicos resultan insuficientes.

Una vez analizado el asunto sometido a consideración y evaluado el material probatorio que obra dentro del expediente, la Sala estima, que la decisión adoptada por el juzgado que conoció en segunda instancia debe confirmarse, pues como se explicará a continuación, para el caso no se cumple con todos los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado para que por medio de la acción de tutela se pueda ordenar el suministro del medicamento que no está contenido en el P.O.S.

1. En efecto, para el caso se observa, que se cumple con el requisito referente a que debe estar debidamente demostrado que el menor requiere con urgencia del medicamento solicitado, lo cual no ofrece ninguna discusión.

2. Igualmente en el expediente no aparece acreditado que exista un fármaco sustituto o

alternativo que pueda remplazar al medicamento que requiere el paciente para lograr una mejor calidad de vida.

3. Ahora bien, no pasa lo mismo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional relativos a que los padres del menor no pueden sufragar los gastos del medicamento y que el mismo haya sido prescrito por un médico vinculado a la EPS demandada, pues éstos como se verá más adelante, para el caso no se cumplen.

En efecto de los antecedentes allegados al expediente de tutela, observa la Sala, en primer lugar, el medicamento que reclama la madre del menor por vía de la acción de tutela, no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS accionada, en segundo término, se considera que los padres del menor afectado tienen la capacidad económica suficiente para asumir el costo del medicamento que se solicita por vía de tutela, pues según las pruebas que obran en el expediente aparece acreditado que tanto la actora como su esposo son profesionales que trabajan y poseen cierta solvencia económica que les permite adquirir el medicamento que le fue recetado al menor, el cual tiene un costo de \$ 390.600 según la factura de compra que la propia accionante anexó al expediente.

4. La Corte Constitucional de manera reiterada,¹⁰ ha señalado que la acción de tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida, solo procede en caso de que se encuentre probada la incapacidad económica del accionante para el cubrimiento del medicamento requerido.

En ese sentido cabe recordar que de conformidad con lo señalado en la ley y en la jurisprudencia unificada de esta Corporación, lo que no esté cubierto en principio por el P.O.S., por tratarse de una actividad, procedimiento o medicamento que se encuentre excluido del P.O.S., debe asumirlo el usuario o afiliado a no ser que aparezca acreditado que el afiliado no tiene recursos.

Con fundamento en lo expresado, no se ordenará el suministro del medicamento somatropina solicitado en la demanda y en tal medida se confirmará el fallo dictado por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Tal decisión no implica sin embargo, que esta Corporación considere que deba cesar la atención en salud a favor del menor Pablo Sentena Acuña, pues no puede olvidarse que en la

vigencia de un Estado Social de Derecho que optó por consagrar el derecho a la vida como un valor superior e inviolable, las entidades que prestan servicios de salud no pueden sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, impidiendo o retardando la prestación efectiva de los servicios a su cargo, pues la atención de los derechos a la salud y la vida no dan espera y no es justo someter a sus afiliados a dilaciones que no tienen cabida a la luz de los principios constitucionales.

En efecto se estima que Humana Vivir EPS, está en la obligación de prestar el servicio de salud que requiere la actora para su menor hijo y en esta medida debe autorizar la prestación del mismo de acuerdo con las prescripciones que al efecto indiquen los médicos adscritos a dicha entidad, que sean necesarios para tratar la enfermedad que padece y así garantizar su derecho a la vida, pues es de señalar que la dilación injustificada de un tratamiento, una operación, el suministro de un medicamento, no resulta acorde con los principios rectores sobre el respeto a la dignidad humana, la seguridad social y la salud como principios protegidos en forma expresa por la Constitución.

III- DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido el 25 de abril de 2005 por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por María Fernanda Acuña contra Humana Vivir EPS.

Segundo.- ADVERTIR a Humana Vivir EPS que, debe suministrar la atención en salud que el menor Pablo Sentena Acuña requiera, de acuerdo con lo indicado por los médicos tratantes adscritos a esa entidad (v.gr. consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, hospitalización, suministro de medicamentos, etc), como quiera que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las entidades promotoras son las llamadas a brindar a los afiliados dichas prestaciones.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El párrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998, establece: “Cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

2 Ver entre muchas otras, las sentencias T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-342 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-069 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-05 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T- 270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-706 de 2003 y T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Ver Sentencia T-265 de 2005 M.P Jaime Araujo Rentería.

4 Ver sentencias T-1018/02, T-722/01,T-610/00, T-556/98.

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

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

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

9 Ver Sentencias T-002 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra ,T-399 de 2004, M.P. Clara Ines Vargas Hernández.

10 Las tutelas T-476 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-02 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-106 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería son casos recientes en los que por no cumplir el requisito de la incapacidad económica para sufragar medicamentos y tratamientos médicos, la tutela ha sido denegada.