

Sentencia T-976/11

(16 de diciembre)

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo y prevalente

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Vulneración por EPS al negar medicamentos ordenados por médico tratante por incumplir trámite administrativo que a la misma EPS le correspondía realizar

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Orden a EPS autorizar medicamentos ordenados por médicos tratantes

Referencia: expediente T-3.164.456

Fallo de tutela objeto revisión: Sentencia de única instancia del siete (7) de junio de dos mil once (2011) del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta, Norte de Santander.

Accionante: Blanca Mireya Méndez Gutiérrez en representación de su hijo menor, Juan Daniel Quintero Méndez.

Accionado: COOMEVA EPS S.A.

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: Salud.

Conducta que causa la vulneración: Negación de medicamentos y servicios de salud no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS- ordenados por el médico tratante a su hijo, por no haber sido solicitados directamente por el usuario a la EPS

Pretensión: Se le ordene a COOMEVA EPS, la autorización y correspondiente entrega de los medicamentos ordenados por el médico tratante.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente<sup>1</sup>.

## I. ANTECEDENTES<sup>2</sup>

La señora Blanca Mireya Méndez Gutiérrez, en representación de su hijo menor Juan Daniel Quintero Méndez de 6 años de edad<sup>3</sup>, interpuso acción de tutela en contra de COOMEVA EPS; solicitando la protección a los derechos a la salud y la vida de su hijo.

La peticionaria manifestó en su escrito que su hijo ha padecido, desde el año y medio de edad, de otitis media serosa crónica y dermatitis no especificada<sup>4</sup>, y resaltó que “desde el año 2009 que inició su etapa escolar me manifiestan en la escuela que el niño no escucha bien y en la casa en su desempeño normal también lo noto, la picazón, el dolor, y el mal olor en los odios son muy constantes, Los eccemas en las manos, se infectan, se le inflaman las manos, y le duelen al punto que no puede escribir y le ha avanzado tanto, a diferentes parte (sic) del cuerpo que ahora comprometen todo el pie y parte de la cara”<sup>5</sup>.

Asimismo, afirmó que, como consecuencia de lo anterior, desde el 4 de mayo del corriente su hijo ha asistido en varias oportunidades a consulta con diversos médicos especialistas adscritos a la entidad accionada<sup>6</sup>, y que estos le prescribieron diversos exámenes<sup>7</sup> y medicamentos<sup>8</sup> -estos últimos no incluidos dentro del POS-, para tratar los complejos problemas de salud que padece su hijo. Exámenes y medicamentos que, hasta la fecha de presentación de la demanda, no han sido autorizados por la EPS.

En consecuencia, la actora solicita que se le ordene a la entidad accionada autorizar, realizar y entregar los exámenes médicos y los medicamentos ordenados por los especialistas

tratantes del menor; ya que no cuenta los recursos económicos para acceder a los servicios de salud de manera particular<sup>9</sup>.

#### 1. Contestación de la tutela por parte de COOMEVA EPS S.A.<sup>10</sup>

La apoderada de COOMEVA EPS precisó que los exámenes citados se encuentran incluidos en el POS, ya “se gestionaron y aprobaron” y deben ser recogidos por el usuario.

Por otro lado, manifestó que los medicamentos relacionados en el escrito de tutela no se encuentran incluidos dentro del POS y afirma que estos “NO HAN SIDO SOLICITADOS A COOMEVA EPS y por consiguiente NO LE HAN SIDO NEGADOS”<sup>11</sup>.

1. Decisión de primera y única instancia<sup>12</sup>: Sentencia del siete (7) de junio de 2011 del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cúcuta (Norte de Santander) que negó el amparo solicitado.

“Lo precedente lleva al despacho a concluir, que el petente ni siquiera ha solicitado la entrega de los medicamentos, por lo que no puede endilgársele arbitrariamente a la empresa promotora de salud acusada el quebrantamiento de un derecho fundamental cuando no ha habido negación de servicio alguno, como es la entrega de unos medicamentos formulados, más bien nos encontramos frente a una negligencia de parte del representante legal del menor accionante, que no ha apurado el conducto regular para obtener la entrega de Iso (sic) medicamentos que requiere la salud de su hijo, razón más que suficiente para que se deniegue la pretensión demandada”<sup>13</sup>.

Esta sentencia no fue impugnada.

#### I. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del treinta (30) de agosto de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de Tutela número ocho (8) de la Corte Constitucional.

## 1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Segunda de Revisión resolver la siguiente pregunta:

¿Vulneró la entidad accionada el derecho fundamental a la salud del menor, al haber omitido realizar un trámite administrativo a su cargo, como lo es la presentación de las prescripciones de medicamentos no POS emitidas por el médico tratante ante el Comité Técnico Científico para su evaluación?

## 1. Fundamentos y Caso Concreto

El artículo 44 de la Constitución Política<sup>14</sup> enuncia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, [...]. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha resaltado en diversas ocasiones que de este artículo superior se desprende el carácter fundamental, autónomo, prevalente y de aplicación inmediata<sup>15</sup> del derecho a la salud de los niños<sup>16</sup>.

Así entonces, la anterior calificación de derecho fundamental autónomo y de aplicación inmediata que se le ha reconocido al derecho fundamental a la salud de los niños, tiene como corolario que los menores puedan reclamar los servicios de salud que requieran para salvaguardar la integridad de su salud cuando esta se ha visto afectada, independientemente de que la prestación correspondiente se encuentre o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud que les corresponda<sup>17</sup>.

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el derecho a la salud de los niños y estableció que:

“La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).” (Énfasis fuera del texto).

Ahora bien, dado que la EPS accionada alega que no le ha negado ningún servicio de salud al menor puesto que la accionante no ha radicado la orden del médico tratante ante la misma entidad, es preciso reiterar que la jurisprudencia ha sido enfática al disponer que dicha exigencia vulnera el derecho fundamental a la salud de quien requiere del servicio, toda vez que este es un trámite administrativo que le compete realizar a la EPS de manera interna<sup>18</sup> y que, como tal, la omisión de la EPS de realizarlo constituye una barrera para acceder a la prestación del servicio.

En ese sentido, en la sentencia T-760 de 2008 la Corte, al resolver un caso<sup>19</sup> en el cual la EPS accionada aducía no poder tramitar la solicitud de un servicio no POS ordenado por el médico tratante dado que la interesada no presentó la orden médica ante el Comité Técnico Científico, sostuvo:

“5.1.3.3. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud (ver apartado 4.4.4.). Una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité. Para la Corte ‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona

que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespetando su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio.

5.1.3.4. Es claro entonces que Colmédica EPS irrespetó el derecho a la salud de la accionante, por cuanto no se le garantizó el acceso a un servicio que requería y no estaba incluido dentro del plan obligatorio de servicios, justificando esta negativa, en el propio incumplimiento de un trámite interno” (se subraya).

Para la Sala, es claro entonces que COOMEVA EPS incumplió con sus deberes legales y constitucionales al no haberle garantizado al menor el acceso a los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes, justificando dicha omisión en el incumplimiento de un trámite administrativo que a la misma EPS le correspondía realizar.

La imposición de esta barrera administrativa por parte de la EPS, violatoria del derecho fundamental a la salud del menor, se encuentra agravada por el hecho de que la entidad accionada en la contestación de la acción de tutela adujo no haber negado los medicamentos porque no le habían sido solicitados directamente y, pese a haber conocido de las órdenes médicas de sus propios especialistas dentro del trámite de la acción constitucional, insistió en que para “proceder al estudio de la solicitud, debe el usuario allegar el formato de solicitud debidamente diligenciado”<sup>20</sup>. Situación que evidencia la desidia de la entidad accionada respecto del estado de salud del menor Juan Daniel Quintero Méndez y el flagrante desconocimiento del carácter fundamental, autónomo, prevalente y de aplicación inmediata del derecho a la salud de los niños.

Así entonces, toda vez que la peticionaria manifestó en la acción de tutela<sup>21</sup> estar desempleada y que los 5 integrantes de su familia dependen del salario mínimo que devenga su esposo para solventar sus necesidades básicas –sin que la EPS hubiera desvirtuado dicha afirmación<sup>22</sup>–, esta Sala de Revisión encuentra que la incapacidad económica de los padres del menor se encuentra comprobada. Y, en consecuencia, procederá a revocar el fallo de instancia para en su lugar conceder el amparo solicitado, y ordenará a COOMEVA EPS S.A que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y entregar los medicamentos ordenados por los diferentes especialistas tratantes del menor Juan Daniel Quintero Méndez.

Asimismo, la Corte declarará que COOMEVA EPS S.A., podrá recobrar ante el Fosyga los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no esté obligada legalmente a asumir.

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

RESUELVE:

Segundo.- ORDENAR a COOMEVA EPS S.A que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a autorizar y entregar los medicamentos ordenados por los diferentes especialistas tratantes del menor Juan Daniel Quintero Méndez.

Tercero.- DECLARAR que COOMEVA EPS S.A., podrá recobrar ante el Fosyga los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia y que no está obligada legalmente a asumir.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte

Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-478 de 2010 (M.P Juan Carlos Henao Pérez), T-333 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-332 de 2009 (M.P Juan Carlos Henao Pérez), T-549 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-959 de 2004 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa), T-808 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-784 de 2008 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa); T-1032 de 2007 (M.P: Mauricio González Cuervo); T-689 de 2006 (M.P: Jaime Córdoba Triviño); T-465A de 2006 (M.P Jaime Córdoba Triviño); T-810 de 2005 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa); T-959 de 2004 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa); T-392 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería); T-054 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-549 de 1995 (M.P Jorge Arango Mejía).

2 La demanda fue interpuesta el 24 de mayo de 2011 y admitida el 25 de mayo del mismo año, ver folios 59 y 60 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga referencia en la presente sentencia se encuentran en el cuaderno 1 del expediente, salvo que se exprese lo contrario.

3 La fecha de nacimiento del menor, de acuerdo con el registro civil de nacimiento anexo al escrito de tutela, fue el 12 de marzo de 2005. El menor actualmente se encuentra afiliado al Régimen Contributivo en Salud a través de COOMEVA EPS, en calidad de beneficiario de su padre, desde el 12 de marzo de 2005. Ver folios 50 a 53.

4 La afirmación de la peticionaria es corroborada por la historia clínica del menor anexada al expediente. De acuerdo con lo anotado en ésta, su primer ingreso por las patologías mencionadas se realizó el 05-05-2006. Ver folio 1 a 58.

5 Ver folio 57.

6 Dermatólogo, pediatra, alergólogo, inmunólogo y otorrinolaringólogo. Ver folios 71 y 72.

7 Los exámenes ordenados por el Dr. Mauricio Sarrazola, alergólogo e inmunólogo tratante del menor, fueron: IgE total, CH y pruebas de parche.

8 Los medicamentos ordenados por el Dr. Matamoros, dermatólogo, fueron: 1. Hidroxizina jarabe, 2. Vitamina E, 3. Hoyer huden hidratante corporal, 4. Acuanova emulsión, 5. Acemet emulsión, 6. Acid mantle. El medicamento formulado por el Dr. Mauricio Sarrazola, alergólogo e inmunólogo, fue: 1. Bantix ungüento. El medicamento prescrito por la Dra. Doris Toro, pediatra, fue: 1. Alercet jarabe.

9 Al respecto la accionante expone: “No TENGO el dinero para comprar los medicamentos NO POS que mi hijo requiere, son demasiado caros y mi situación económica no es la mejor, soy madre de 4 hijos, de los cuales 3 están a mi cargo y no tengo empleo. Dependemos del sueldo mínimo que devenga mi esposo como empleado, con esto cubrimos exactamente las necesidades fundamentales de los 5 integrantes de la familia, como son alimentación, vivienda y servicios públicos y además acabo de salir de una enfermedad (cáncer en la cabeza del páncreas) para lo cual debo estar en constantes controles”. Ver folio 57.

10 Ver folios 71 a 77.

11 Ver folio 71.

12 Ver folios 78 a 81.

13 Ver folio 80.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Énfasis fuera del texto)

15 Al respecto, ver las sentencias: T-283 de 1994: “El artículo 44 de la Constitución Política establece la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás. La Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos”; T-640 de 1997: “La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento

constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposiciones de carácter reglamentario, como es la que excluye del Plan Obligatorio de Salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados. Si bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el Plan Obligatorio de Salud, cuando se afectan los referidos derechos.” (Se subraya); y T-094 de 2004: “Como consecuencia del carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario, y (3) cuando se trate de niño discapacitado reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.”.

16 De manera más profunda y extensa, ver la sentencia C-041 de 1994; la cual, se procede a citar in extenso uno de sus apartes dada su importancia para el tema. Tras analizar el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, ‘Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos’, la Corte estableció en esta sentencia: “A la luz de los antecedentes de las normas constitucionales transcritas y de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia “sobre los derechos de los demás”. El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado. [...] En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental -

debilidad – y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial. La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (C.P. art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (C.P. art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (C.P. art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (C.P. art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.” (Corchetes y subrayado fuera del texto). Asimismo, en relación con este mismo punto es posible ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996, SU- 225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000, T-421 de 2001, T-801 de 2004, T-569 de 2005, T-540 de 2006, T-799 de 2006, T-564 de 2007, T-760 de 2008 y T-091 de 2009.

17 Ver, entre otras, las sentencias: T-640 de 1997, T-134 de 2002 y T-760 de 2008.

18 Ver el artículo 7º de la Resolución 3099 de 2008, Ministerio de la Protección Social: “Artículo 7º. Procedimiento para la evaluación, aprobación y desaprobación. Las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento: a) La o las prescripciones u órdenes médicas y justificación en caso de ser un medicamento no incluido en el Manual de

Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, será presentada y debidamente sustentada por escrito por el médico tratante [...]” (se subraya).

19 Caso correspondiente al expediente T-1328235 en la sentencia T-760 de 2008.

20 Ver folio 71.

21 Óp. Cit. Ver folio 57.

22 “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.” Sentencia T-744 de 2004, igualmente citada en la sentencia T-760 de 2008.