

T-236-98

Sentencia T-236/98

DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter prestacional

En general, se ha entendido que los derechos a la salud y a la seguridad social, en razón a que tienen un contenido prestacional y dependen de ciertas condiciones para su aplicación, las más de las veces condiciones económicas, pertenecen a una categoría distinta de los derechos constitucionales fundamentales, cuya aplicación no puede condicionarse en manera alguna y, por tal razón, el Constituyente los reguló en un capítulo distinto al de éstos, considerando aquéllos como derechos sociales, económicos y culturales. Así, a los colombianos se les garantiza el acceso a mecanismos que les permitan tener una salud y una seguridad social adecuadas, pero en manera alguna ellas mismas, pues la garantía efectiva de conseguir la salud, entendida como normal funcionamiento corporal, escapa a las posibilidades de un Estado. Por tales razones, la acción de tutela no procede directamente para el amparo de esos derechos, pues son derechos constitucionales, pero con un carácter distinto al de los fundamentales, para los cuales está reservado, en principio, el mecanismo judicial de protección a que se refiere el artículo 86 de la Carta. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando la amenaza o vulneración de tales derechos implique, a su vez, una amenaza o vulneración de derechos constitucionales con rango fundamental, el juez constitucional está autorizado para protegerlos indirectamente a través de la tutela, aplicándola a derechos que, como aquellos a los cuales se ha hecho referencia, no son fundamentales.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamental

La seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de medicamentos, tratamientos e intervenciones de alto costo

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social, el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia. Pero la anterior consideración no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud y, más concretamente, del Plan Obligatorio de Salud, antes de cumplir con los principios antes señalados, no solo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo que es aún más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

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

Es necesario señalar en qué casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales y, como en el caso anterior, tampoco procede una inaplicación automática. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado. En segundo lugar, debe tratarse 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, el sustituto 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. En tercer lugar,

que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. Debe aclararse que el mínimo vital, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de enfermedad congénita de menor

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Discapacitado auditivo

El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ESTADO-Relación contractual

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Práctica de implante a menor con enfermedad congénita

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reclamo de sobrecostos al Estado por cubrimiento de tratamiento médico excluido/SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reclamo por sobrecostos por tratamiento excluido de POS

Referencia: Expediente T-153627.

Actores: Pedro Nel Quintero Y Otra.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, PEDRO NEL QUINTERO TAMAYO y MARIA FANNY HOYOS ZULUAGA, en representación de su menor hijo ALEJANDRO QUINTERO HOYOS y por medio de apoderado, solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la integridad física, la salud y la seguridad social, de cuya vulneración señalan como responsable a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD CAFESALUD.

1.- Hechos.

Manifiestan los demandantes que en el año de 1993, suscribieron un contrato de medicina integral prepagada con Cafesalud E.P.S, dentro del cual incluyeron como beneficiario a su hijo Alejandro Quintero Hoyos y, posteriormente, en 1995, dicha entidad les ofreció el Plan Obligatorio de Salud, al cual se acogieron dejando el anterior contrato como un plan complementario al P.O.S.

Agregan que Cafesalud ha venido atendiendo a su hijo de una hipoacucia bilateral profunda y congénita, atención que ha incluido la remisión al especialista correspondiente y todos los exámenes requeridos para ese tipo de enfermedad. Sin embargo, el Otorrinolaringólogo a cargo del caso de Alejandro, le recomendó un implante coclear para que pudiera obtener un aumento de su capacidad auditiva en un 80%, el cual, dicen, fue solicitado a Cafesalud desde principios de 1997, siéndoles negado con el argumento de que ese tipo de implantes se encuentran excluidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y, por ende, no le corresponde a la E.P.S. asumir su práctica.

Finalmente, sostienen que no es cierto que el implante coclear esté excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, sino que la empresa demandada ha hecho una interpretación equivocada de las normas que lo regulan, para no asumir su costo.

2.- Pretensiones.

Solicitan que se tutelen los derechos fundamentales invocados de su hijo y que, en consecuencia, se ordene a la demandada practicar el implante coclear recomendado por el médico tratante, además de condenarla al pago de los perjuicios morales que su omisión le ha causado al menor Alejandro Quintero Hoyos.

II. DECISIONES DE INSTANCIA.

1.- El a quo.

Mediante sentencia dictada el 23 de septiembre de 1997, el Juzgado Primero de Familia de Medellín denegó la acción de tutela, con base en los argumentos jurídicos que a continuación se sintetizan.

En primer lugar, sostiene el a quo que el padre de Alejandro suscribió un contrato de medicina integral prepagada con Cafesalud S.A., dentro del cual estaban expresamente excluidos los tratamientos o cirugías para enfermedades ruinosas o catastróficas como lo es, precisamente, la sordera congénita que padece el menor. Al respecto, señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil y si ese tipo de enfermedades estaba desde un principio excluido de la cobertura del plan contratado, no les es dado a los demandantes reclamar su tratamiento o intervención quirúrgica.

En segundo lugar, continúa el juez de primera instancia, no se puede obligar a una E.P.S. a practicar unos procedimientos por ley expresamente excluidos y, finalmente, aduce que por ser esta una controversia de carácter contractual, debe acudir a la vía ordinaria para su resolución, en vista de que el presente caso no comporta un perjuicio irremediable, pues “la salud del menor no se ha visto menoscabada, siendo ella [la enfermedad] congénita”.

2.- La impugnación.

Para controvertir los argumentos del fallo anteriormente reseñado, el apoderado de los demandantes se centra en que el juzgado, para negar el amparo solicitado, erróneamente se basó en el contrato de medicina integral prepagada celebrado con Cafesalud S.A., que expresamente excluye los tratamientos o intervenciones quirúrgicas para enfermedades congénitas, cuando la relación entre las partes es principalmente de prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y solo en forma complementaria, de los derivados del contrato de medicina prepagada.

Cierra la impugnación reiterando las razones esgrimidas en la demanda y por las cuales considera que el implante coclear no se encuentra excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, consagrada en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud.

3.- El ad quem.

Considera que, efectivamente, el implante coclear solicitado por los demandantes no está cubierto por el Plan Obligatorio de Salud y, al negarse la E.P.S. demandada a proporcionarlo, “no puede catalogársela como vulneradora de los derechos fundamentales...aunque la ausencia de la función auditiva implica para el individuo y, especialmente para los niños, un desmedro para su salud y, por ende, en su desarrollo armónico e integral. No obstante ello, en casos como el analizado, el mínimo vital del menor Alejandro no se encuentra comprometido a causa del tipo de enfermedad congénita que padece”, aparte de que, puntualiza la segunda instancia, cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la protección de sus derechos.

Por tales razones, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín, en fallo del 24 de noviembre de 1997, confirmó la sentencia dictada por el a quo dentro del proceso objeto de revisión.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera. La Competencia.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta

Política, y los artículos 33 a 36 del decreto 2591 de 1991, habiendo sido seleccionado por la Sala correspondiente y repartido al Magistrado Sustanciador, de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

Segunda. La Materia.

Se trata en esta oportunidad de reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con los tratamientos médicos excluidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, contenido en la Resolución número 5261 del 5 de agosto de 1994, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Específicamente, aplicar dicha jurisprudencia al presente caso, en el cual están de por medio derechos fundamentales de un menor de edad.

1.- Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política.

Por tales razones, la acción de tutela no procede directamente para el amparo de esos derechos, pues son derechos constitucionales, pero con un carácter distinto al de los fundamentales, para los cuales está reservado, en principio, el mecanismo judicial de protección a que se refiere el artículo 86 de la Carta. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando la amenaza o vulneración de tales derechos implique, a su vez, una amenaza o vulneración de derechos constitucionales con rango fundamental, el juez constitucional está autorizado para protegerlos indirectamente a través de la tutela, aplicándola a derechos que, como aquellos a los cuales se ha hecho referencia, no son fundamentales³.

Sin embargo, de acuerdo con la disposición enunciada en el subtítulo y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal⁴.

En consecuencia, en el presente caso procede la tutela de los derechos a la salud y a la seguridad social directamente, en vista de que el demandante es un menor de edad.

2.- La exclusión de ciertos tratamientos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud y la jurisprudencia constitucional.

En razón de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48 superior), el Plan Obligatorio de Salud que pretende cubrir a la totalidad de la población colombiana en un plazo determinado y relativamente corto, excluye ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo, para que con los aportes que llegan a dicho sistema puedan atenderse las necesidades primarias de más personas, sacrificando otras de segundo orden y que implican una erogación superior, pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. En este sentido, existen servicios que deben incluirse con mayor prioridad y no todos los servicios de salud posibles pueden considerarse iguales: algunos de ellos son prioritarios por la mayor efectividad, por requerirse con urgencia o por lo común de su ocurrencia.

Pero la anterior consideración no debe observarse automáticamente, es decir, sin tener en cuenta la situación concreta que está padeciendo la persona afiliada al sistema porque, en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del sistema de seguridad social integral en salud y, más concretamente, del Plan Obligatorio de Salud, antes de cumplir con los principios antes señalados, no solo conllevan la negación rotunda de la finalidad del sistema, sino, lo que es aún más grave, la vulneración de derechos fundamentales.

Esta Corporación se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales⁵.

Sin embargo, es necesario señalar en qué casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales y, como en el caso anterior,

tampoco procede una inaplicación automática. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁶, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos, sino solamente se obtiene un nivel mejor u óptimo de salud.

En segundo lugar, debe tratarse 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, el sustituto 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. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante⁷.

Debe aclararse que el mínimo vital a que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu⁸

Cumplidos los supuestos señalados, la reglamentación legal o administrativa se torna inconstitucional para el caso concreto, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales y, en dicha circunstancia, de acuerdo con el artículo 4 de la Carta Política, procede inaplicarla para dar prevalencia a las disposiciones constitucionales⁹.

3.- El caso concreto.

Alejandro Quintero Hoyos, quien en la actualidad cuenta 10 años de edad, padece una

hipoacusia bilateral profunda (sordera) y su médico tratante, el Otorrinolaringólogo José Alberto Salazar Jimenez, le recomendó un implante coclear, es decir, un dispositivo que se coloca en el oído interno y permite a la persona con sordera congénita o adquirida, en términos del especialista, “acceder al mundo del sonido y desarrollar un lenguaje adecuado”¹⁰.

De lo anterior surgió el conflicto que ocupa a la Sala, en vista de que los padres del menor solicitaron a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud que ordenara al galeno dicho implante y corriera con los gastos correspondientes, petición a la cual se negó la E.P.S. argumentando que dicha intervención quirúrgica, por dirigirse contra una enfermedad congénita, estaba por fuera de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Y tiene razón en esta última parte; efectivamente, la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 17, excluye de la cobertura del plan mencionado el “tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas”, como es, de acuerdo con lo expresado por el médico tratante,¹¹ la dolencia que padece el menor en este caso.

Estando excluido el implante coclear de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, según la disposición citada, estaría en principio exonerada la entidad demandada de acceder a las pretensiones incoadas ante los jueces de instancia. Sin embargo, es necesario analizar si el presente caso es similar a aquellos que la Corporación ha dirimido con anterioridad y que le han permitido determinar la procedencia de la acción de tutela; es decir, si las circunstancias descritas en los numerales anteriores se presentan en este asunto y, por ende, si hay lugar a conceder la tutela de los derechos invocados.

3.1.- ¿Están en el presente caso amenazados o vulnerados los derechos a la vida y a la integridad personal del menor?

Teniendo en cuenta que la garantía constitucional de la integridad personal, como su nombre lo indica, implica el mantenimiento de todas las funciones corporales en un estado de normalidad, cuando conseguir dicho resultado es posible, y cuando no, al menos aproximarse a tal situación, vemos que el demandante es un discapacitado auditivo, quien ha recibido los tratamientos médicos que la poca capacidad económica de sus padres y la cobertura de los planes de medicina prepagada, en un principio y, posteriormente, el Obligatorio de Salud pudieron proporcionarle, sin que haya sido posible siquiera aproximarse al estado de

normalidad señalado; menos conseguirlo.

La anterior afirmación surge de la recomendación hecha por el doctor Salazar Jimenez, quien sugirió el implante coclear para que el menor accediera al mundo del sonido y pudiera emplear para su comunicación, un lenguaje adecuado. Luego, cabe pensar que Alejandro aún no ha accedido al sonido, no obstante que se le han proporcionado audífonos, y carece de un lenguaje adecuado, valiéndose de uno precario para darse a entender. Incluso, están las afirmaciones de los declarantes dentro del proceso, quienes afirman que, prácticamente, el niño se hace entender con movimientos y señales¹², situación que podría superar con el implante requerido.

Es cierto que Alejandro Quintero Hoyos puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? Luego, aquí es necesario resaltar que, como antes se dijo, el derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana¹³.

Cumplido está, entonces, el primer supuesto para inaplicar la reglamentación que excluye el implante coclear de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pues la falta de esta intervención quirúrgica extiende el malestar que durante toda su existencia ha padecido Alejandro Quintero Hoyos, impide que él se aproxime a su integridad personal y lo somete a una existencia incómoda que se puede superar.

3.2. También se cumplen los demás supuestos para inaplicar la Resolución 5261 de 1994.

Efectivamente, el implante coclear no puede sustituirse por ningún otro tratamiento o intervención contemplado en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, a tal punto que habiéndole sido practicados, la sordera del menor continúa. El ingreso familiar no es ni en un mínimo suficiente para alcanzar el alto costo que supone el implante, pues el padre de Alejandro Quintero Hoyos y su familia viven de cuanto les produce un local ubicado en un

centro comercial de Medellín que, al decir de los testigos¹⁴, no supera los quinientos mil pesos mensuales. El plan complementario que el padre del menor tiene con Cafesalud, contrato de medicina prepagada, expresamente excluye la intervención quirúrgica de enfermedades congénitas. Y finalmente, el implante fue recomendado por el doctor José Alberto Salazar Jiménez, Otorrinolaringólogo vinculado a Cafesalud.

4.- Precisiones finales sobre los fallos de instancia y las solicitudes hechas por las partes.

En su sentencia, el a quo desestima las pretensiones de la demanda y niega la existencia de un perjuicio irremediable para la salud del menor, afirmando que no ha recibido menoscabo alguno en su salud, en vista de que su problema auditivo es congénito y, por ende, jamás ha tenido salud auditiva; entonces, concluye el juez de primera instancia, no se puede menoscabar lo que nunca se ha tenido, conclusión que, a juicio de la Sala, es una negación rotunda del objetivo médico, pues éste no solamente consiste en recuperar la salud perdida, sino también en adquirirla cuando nunca se ha tenido, siendo ello posible.

El a quo entró en el análisis del perjuicio irremediable, entendiendo que la relación que existía entre los demandantes y Cafesalud era simplemente contractual, de medicina prepagada, razón por la cual debían acudir ante la jurisdicción ordinaria en busca de la satisfacción de los derechos invocados porque, de acuerdo con la conclusión señalada anteriormente, no existía tal perjuicio irremediable. Sin embargo, a lo largo del expediente en revisión se observa que la relación principal entre las partes tiene por objeto la prestación de los servicios inherentes al Plan Obligatorio de Salud, quedando los de medicina prepagada como un simple complemento. Luego, se aplicó mal el criterio contractual y equivocadamente el Juzgado Primero de Familia de Medellín hizo énfasis en la parte de exclusiones que el contrato preveía, en vista de que debió aplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud y no las de los planes de medicina prepagada.

Al respecto, es necesario aclarar que entre los usuarios y las Empresas Promotoras de Salud que prestan los Servicios del Plan Obligatorio, en manera alguna existe una relación contractual, la cual solamente existe entre ellas y el Estado, quien es el primeramente obligado por disposición constitucional a prestar este servicio público y lo ha delegado en ellas. Luego y en esto también se equivocó el a quo, la relación en estos casos no es de derecho privado y en ellos no son aplicables los artículos 1602 y siguientes del Código Civil

sobre la ejecución de los contratos, sino que es una relación de derecho público regulada por normas especiales sobre la materia (ley 100 de 1993 y normatividad que la desarrolla), cuyo régimen implica obligaciones que están por fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues los servicios que se deben prestar o no, por una parte, y las obligaciones que deben cumplir los afiliados, por otra, son determinados directamente por el legislador. Solamente se rigen por las disposiciones civiles pertinentes, las relaciones contractuales de medicina prepagada que, vale decir, son ajenas al presente asunto¹⁵.

Pero si en gracia de discusión se aceptara la tesis de los jueces de instancia, en el sentido de que existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos del menor demandante, la verdad es que aun así debió concederse la tutela de tales derechos, aunque de manera transitoria, pues el perjuicio irremediable en este caso es evidente, teniendo en cuenta el siguiente concepto del doctor José Alberto Salazar Jiménez: “El beneficio es mayor si se realiza en esta edad, si(sic) porque el niño empieza temprano el tratamiento, se realiza el implante, entonces se vuelve a partir de cero, enseñándole al paciente a desarrollar(sic) lenguaje”¹⁶. Si se espera, entonces, a que la jurisdicción ordinaria decida, el beneficio del implante no va a ser tan alto porque a medida que el niño va creciendo, se dificulta su inducción al lenguaje hablado.

De otro lado, la parte demandante solicitó que se condenara a la Entidad Promotora de Salud Cafesalud “a pagar los perjuicios morales que con su acción clara e indiscutiblemente arbitraria le ha irrogado al menor Alejandro Quintero Hoyos, conforme a lo que resulte probado dentro del diligenciamiento”, petición que en manera alguna puede resolver favorablemente el juez de tutela, pues para reclamarla los demandantes tienen disponible otro mecanismo de defensa judicial, el proceso correspondiente ante la jurisdicción ordinaria; además, el daño no se encuentra probado dentro de este proceso y su eventual reparación, en caso de haber perjuicio, no se requiere con la urgencia propia de aquellas situaciones en que debe concederse el amparo transitorio.

En cuanto a la solicitud de la apoderada de Cafesalud, para que “en caso de que la revisión efectuada ordene la ejecución del procedimiento médico...se sirva ordenar el recobro al Estado-Ministerio de Salud de los gastos en que incurra la E.P.S.”, simplemente se reitera la jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de que las Entidades Promotoras de Salud deben correr con los costos que el tratamiento excluido del P.O.S. demande, pero les

aguarda el derecho de reclamar en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social Integral en Salud, los sobrecostos en que incurran, en vista de que la relación entre tales entidades y el Estado, se repite, es contractual, en la cual previamente el mismo Estado ha fijado las reglas de juego, razón por la cual todo lo que se salga de ellas debe asumirlo él, so pena de que se altere gravemente el equilibrio financiero del contrato¹⁷.

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 Nacional,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia pronunciada dentro del presente asunto por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, el 24 de noviembre de 1997, que confirmó la expedida por el Juzgado Primero de Familia de Medellín, el 23 de septiembre del mismo año, en el sentido de negar el amparo constitucional solicitado por Pedro Nel Quintero Hoyos y María Fanny Hoyos Zuluaga, en representación de su menor hijo Alejandro.

Segundo. CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social de Alejandro Quintero Hoyos.

Tercero: ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud de Medellín que, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la notificación de esta sentencia, cumpla con los trámites administrativos necesarios para que, a más tardar dentro de tres (3) meses contados a partir de la misma fecha, se practique al menor Alejandro Quintero Hoyos el implante coclear requerido y sugerido por el Otorrinolaringólogo José Alberto Salazar Jiménez.

Cuarto. ABSTENERSE DE CONDENAR al pago de la indemnización de perjuicios solicitada en contra de Cafesalud E.P.S.

Quinto. SEÑALAR que Cafesalud podrá repetir lo pagado en cumplimiento de la orden contenida en el numeral tercero, en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, subcuenta de enfermedades catastróficas.

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

FABIO MORON DIAZ

Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

CARMENZA ISAZA DE GOMEZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 *Ibíd.*

3 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5 Al respecto, ver Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-114 y 640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

6 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-645 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

9 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

10 Folio 12 del expediente.

11 Folio 57 del expediente.

12 Declaraciones de Jair Enrique Zuluaga Ossa, María Eunice Ossa Yepes y Claudia Elena Gómez Ossa, obrantes en los folios 59 a 63 del expediente.

13 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

14 Declaraciones de Jair Zuluaga Ossa y María Eunice Ossa Yepes, obrantes a folios 62 y 64 del expediente.

15 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Folio 58 del expediente.

17 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.