

Sentencia T-390/07

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-EPS debe prestar atención médica

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Casos en que pese a la identidad de procesos no se configura temeridad

Referencia: expediente T-1534962

Acción de tutela instaurada por Martha Inés Bravo Medina, en representación de su hija Valentina Rincón Bravo, contra Comfenalco Valle del Cauca

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto de febrero 23 de 2007 proferido por la Sala de Selección Número Dos.

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>

1. Martha Inés Bravo Medina interpuso acción de tutela, en representación de su hija Valentina Rincón Bravo, contra Comfenalco Valle del Cauca por considerar que dicha entidad ha vulnerado el derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la protección especial de los niños y a la seguridad social, de su hija. Relata que la menor sufrió

una quemadura con aceite caliente en marzo 4 de 2003 y que en la IPS fue atendida para la realización de varias curaciones pero que actualmente ésta, que hoy tiene 6 años, requiere una cirugía que le fue ordenada por un médico adscrito a su IPS y que no ha sido autorizada ya que, según afirma la accionante, el médico a cargo considera que “(...) es una intervención quirúrgica y no correctiva”.

La cirugía que requiere la menor tiene la finalidad de remover una cicatriz queloide por resección y reconstrucción mediante colgajo fasciocutáneo de vecindad axilar y brazo izquierdo (2 colgajos)<sup>2</sup>. A pesar de que la accionante señala que el médico no la considera reconstructiva, la historia clínica de la menor describe el procedimiento como correctivo en los siguientes términos: “secuelas pos quemadura en brazo derecho y región axilar, se le inició reconstrucción hace dos años, viene ahora a continuar con manejo reconstructivo. Se da orden de CX y chequeo pre anestésico”. Según las pruebas aportadas al expediente también se pudo determinar que la cirugía es costosa<sup>3</sup> y que la accionante carece de recursos económicos para cubrirla.<sup>4</sup>

2. El Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali, conoció del proceso de tutela en primera instancia. El 15 de Diciembre de 2006 el Juez profirió sentencia dentro del proceso denegando el amparo por considerar que la tutela presentada por la accionante concordaba con la hipótesis descrita en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que regula la actuación temeraria.<sup>5</sup> Esta decisión se fundó en una prueba aportada por la entidad accionada consistente en un fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cali el 5 de enero de 2003, en el que se deniega a la misma accionante una tutela contra la misma accionada por una cirugía idéntica para su hija.

3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme<sup>6</sup> en considerar que la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del POS a menores de edad, es claramente una vulneración de sus derechos fundamentales cuando éstos han sido ordenados por el médico tratante y son necesarios para preservar la salud del menor. En el presente caso se ha constatado, según los hechos descritos antes, que la cirugía para remover el colgajo fasciocutáneo de vecindad más resección de cicatriz queloide en brazo izquierdo, es requerida por la menor para continuar con su proceso de recuperación y fue ordenada por un médico tratante adscrito a la IPS.

4. Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará a la EPS accionada que el término de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la cirugía requerida por la menor y demás procedimientos o medicamentos que sean necesarios para su total recuperación, según lo que determine el médico tratante. Como en principio el tratamiento requerido por la menor se encuentra incluido en el POS7, sólo se autorizará el recobro contra el FOSYGA por aquello que no se encuentre incluido y que así sea justificado por la EPS.

5. Finalmente, teniendo en cuenta que el juez de instancia denegó el amparo solicitado por la accionante alegando que se trataba de una segunda tutela con idénticos sujetos y, objeto a otra presentada previamente, la Sala brevemente abordará la cuestión de si hubo temeridad.

6. Si bien en el presente caso, de acuerdo con las pruebas aportadas, se constató que la accionante había presentado anteriormente una acción de tutela para solicitar la misma cirugía a la misma EPS, existe por lo menos un hecho nuevo relevante que justifica la presentación de una nueva tutela. Se trata de la edad de la menor, que al momento de interponer por primera vez la acción de tutela solicitando la cirugía era de tres años y actualmente tiene seis, lo cual significa que ésta se encuentra en otra etapa de su desarrollo en la cual enfrenta nuevas circunstancias que pueden incrementar la relevancia de terminar el tratamiento inconcluso que empezó hace varios años (ingreso al colegio, relaciones con otros niños en espacios sociales, entre otros). Además, el crecimiento de la niña indica la proyección que las secuelas de la quemadura tendrán en su desarrollo físico y psíquico. Con todo, la tutela se encuentra justificada por el sólo hecho de tratarse de la defensa del derecho a la salud de una menor de edad que ha sido vulnerado de manera continuada<sup>8</sup>.

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

#### RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali y en su lugar Conceder la tutela del derecho fundamental a la salud de Valentina Rincón Bravo

Segundo.- Ordenar a Comfenalco Valle del Cauca que si aún no lo ha hecho, en el término de

48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la cirugía para resección y reconstrucción mediante colgajo fasciocutáneo de vecindad axilar y brazo izquierdo (2 colgajos) y demás tratamientos que sean necesarios para garantizar la recuperación total de la Valentina Rincón Bravo, según lo prescrito por el médico tratante.

Tercero. - Reconocer que Comfenalco Valle del Cauca tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Diecinueve Civil Municipal del Circuito de Bucaramanga notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), 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-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 Orden de la Doctora Marta Victoria Fernández de la Clínica Versailles, IPS asignada a la menor, con fecha 24 de 2006 julio. La misma cirugía fue ordenada el 1 de diciembre de 2003 por la doctora Jeannette Cadena L., de la misma entidad.

3 En el expediente se encuentra una cotización de diciembre 4 de 2003 de la IPS clínica Versailles por \$1.084.825 que no incluye los días adicionales por complicaciones, sangre y sus derivados, antibióticos, paquete desechable y exámenes de laboratorio.

4 En el escrito de tutela la accionante señala que trabaja como operaria de producción y en la historia clínica de la menor se verifica que cotiza por el valor mínimo ya que pertenece al estrato A, según la clasificación interna de la EPS.

5 Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

6 En diversas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado el derecho a la salud de los niños como fundamental, algunos de estos casos recientes son: T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) en la que la Corte consideró que la negativa de la E.P.S de proporcionar unos

audífonos digitales de alta potencia a un menor, con la excusa de que se encontraban excluidos del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud; T-365 de 2005 (MP Clara Inés Vargas) en la que la Corte consideró que la negativa de la E.P.S. a practicar una Artro Resonancia de cadera izquierda a un menor, con la excusa de que se encontraba excluida del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud T-646 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) el la cual la Corte consideró que la negativa de la E.P.S. a suministrar un medicamento para combatir una Rinitis Alérgica, reflujo, hipertrofia Adenoidea a un menor, con la excusa de que se encontraba excluido del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud.

7 Resolución 5262 de 1994: "ARTICULO 70. Definir para las intervenciones quirúrgicas de la especialidad de Cirugía Plástica, la siguiente nomenclatura y clasificación:

#### COLGAJOS (...)

15142 Colgajo muscular, miocutáneo y fasciocutáneo 12

#### TRATAMIENTOS EN QUEMADURAS

15160 Tratamiento quirúrgico quemaduras en área general, hasta 5% (tratamiento total) 05

15161 Tratamiento de quemaduras en área general de 6 a 15% (tratamiento total) 08

15162 Tratamiento de quemaduras en área general de 16 a 25% (tratamiento total) 11

15163 Tratamiento de quemaduras en área general de 26% en adelante (tratamiento total)  
20

#### CORRECCIONES QUIRURGICAS CICATRIZ O SECUELA DE QUEMADURA

15170 Corrección quirúrgica cicatriz en área general hasta 5% 04

15171 Corrección quirúrgica cicatriz en área general más del 6% 05

15172 Plastia en Z, (una a dos) en área general 06

15173 Plastia en Z, (tres o más) en área general 08

## TRATAMIENTO DE QUEMADURAS (...)

15265 Tratamiento quirúrgico quemaduras zonas de flexión (no incluye dedos); incluye: axila, codo, cuello, dorso de pie, hueso poplíteo, región inguinal 07

ARTICULO 109. OTROS PROCEDIMIENTOS DIAGNOSTICOS Y/O TERAPEUTICOS. Se considerarán para el nivel II de complejidad los siguientes procedimientos:

- Cirugía Plástica Reconstructiva no cosmética: (...)
- Tratamiento médico queloide (Incluye: infiltración y otros procedimientos)."

8 Para ver los requisitos que deben cumplirse para que se configure la acción temeraria, y la exclusión de tal hipótesis en casos como estos, ver sentencia: T-433 de 2006 (MP Humberto Sierra Porto).