

Sentencia T-542/01

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-No se pueden oponer periodos mínimos de cotización/DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Cirugía de adenoides

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Afirmación sobre la falta de capacidad de pago de los padres

La imposibilidad económica para asumir el costo de la intervención por parte de los peticionarios se colige al tomar en cuenta su afirmación en el sentido de que la madre se quedó sin trabajo y por ello dejó de cotizar a la EPS a la cual estaba afiliada perdiendo de ese modo la antigüedad y, además, no hay lugar a pensar que se acude a la tutela por el deseo de los padres de la niña para evitar las disposiciones legales que regulan la materia desde el punto de vista económico, pues son claros los accionantes en decir que la menor presenta síntomas que demuestran el grave deterioro de su salud, de modo que si contaran con los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía, sin duda ya lo habrían hecho.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra el Fosyga

Referencia: expediente T-414350. Acción de tutela formulada por Hilmer Ariel Fernández Fernández y Adriana Campo Giraldo contra Saludcoop E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil uno (2001).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, concretamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el decreto 2591 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali el 21 de noviembre de 2000, en virtud de la acción de tutela interpuesta por HILMER ARIEL

FERNANDEZ FERNANDEZ y ADRIANA CAMPO GIRALDO contra SALUDCOOP E.P.S.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 2 de noviembre de 2000, los ciudadanos arriba mencionados, padres de la menor NATALIA JIMENA FERNANDEZ CAMPO, de 2 años de edad, interpusieron acción de tutela contra SALUDCOOP E. P. S., con el fin de que se le ordene a dicha empresa promotora de salud practicar a la infante “cirugía adenoidectomía mirigocentesis con o sin colocación de tubos ventilatorios”, por cuanto su negativa en tal sentido vulnera los derechos fundamentales “de petición e igualdad”.

Del texto de la demanda y sus anexos se extracta que la menor NATALIA JIMENA estuvo afiliada como beneficiaria a Coomeva EPS durante 34 semanas y su madre tenía 62 semanas cotizadas, pero se quedó sin trabajo aproximadamente durante un año por lo cual dejó de cotizar y perdió la antigüedad según informó la Empresa Promotora de Salud. El 21 de septiembre de 2000, el padre se afilió a SALUDCOOP E.P.S. y a la menor se le diagnosticó “otitis media con efusión, hipertrofia adenoides, pérdida de la audición parcial”. El 1º de noviembre de 2000, el médico otorrino tratante determinó que a la niña se le debía practicar con carácter urgente el procedimiento terapéutico descrito por los accionantes, quienes están preocupados porque la infante presenta síntomas tales como pérdida de apetito, baja de peso, no duerme bien, su respiración es deficiente y no cuentan con los medios económicos para que otra entidad le realice la cirugía que requiere.

Los accionantes anexaron a la demanda fotocopias de la hojas clínicas en las cuales el médico tratante consignó el diagnóstico de la paciente y el procedimiento que debía realizársele.

2. Pronunciamiento de la entidad accionada.

El Gerente Regional de Occidente de SALUDCOOP E.P.S con sede en Cali, mediante escrito dirigido al juez de instancia le solicitó negar la acción de tutela propuesta por ser totalmente improcedente. Igualmente, pidió que en caso de concederse la tutela, se ordene

expresamente en la parte resolutive de la sentencia, al Ministerio de Salud y/o al Fondo de Reconocimiento de Enfermedades Catastróficas u otros recursos con destino al Plan Obligatorio de Salud el pago del procedimiento quirúrgico. Apoyó su peticiones con argumentos que se sintetizan de la siguiente manera:

Los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial, puesto que de acuerdo con la Ley 362 de 1997, que reformó el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, la jurisdicción laboral es la competente para resolver los conflictos que se presenten entre las entidades de seguridad social. Igualmente, los Decretos 1222 y 1259 de 1994, establecen que todos los conflictos relacionados con preexistencias, exclusiones y períodos mínimos de cotización, le corresponde resolverlos a la Superintendencia Nacional de Salud.

De otra parte, la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, permite determinar que la cirugía que solicitan los accionantes es de tipo electivo, la cual requiere de 52 semanas mínimas de cotización para ser totalmente cubierta por el Plan Obligatorio de Salud.

El accionante (Hilmer Ariel Fernández Fernández) no cuenta con el número de cotizaciones, por lo cual debe efectuar un pago proporcional al tiempo cotizado, monto que irá disminuyendo a medida que cotice mayor número de tiempo. "SALUDCOOP EPS OC ha autorizado el tratamiento donde cubrirá el porcentaje correspondiente al Número de semanas cotizadas".

"Es importante resaltar que SaludCoop con el cubrimiento parcial del cargo económico de la intervención, en ningún momento está violando el 'derecho irrenunciable a la Seguridad Social', por cuanto la 'irrenunciabilidad' de este derecho se predica en concordancia con el cumplimiento de los requisitos legales para su acceso".

"... en ningún momento dudamos que el derecho a la seguridad social y a la salud de la ACCIONANTE debe ser protegido, para dar aplicación y operancia al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero tal protección no compete totalmente a Saludcoop, en su calidad de Entidad Promotora de Salud, tal como lo ha establecido la ley, por lo que deberá aportar una parte del tratamiento o si este carece de recursos, el Estado y SALUDCOOP la

otra parte del mismo, lo anterior, con el fin de lograr el equilibrio en el sistema de seguridad social”.

De conformidad con el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, el juez debe ordenar la remisión del paciente a una entidad prestadora de salud del municipio con el fin de que esta atienda la patología del accionante. Consecuente con lo dispuesto en dicha norma, no corresponde a Saludcoop EPS la prestación de los servicios de salud que la accionante requiere, por lo cual no podría imputársele a la entidad el desconocimiento de derechos fundamentales cuando no tiene la obligación de prestar el servicio. El Juez, entonces, en virtud de la acción de tutela, deberá ordenar a una entidad prestadora de salud pública, que con cargo al FOSYGA, preste los servicios que requiere la accionante.

I. EL FALLO OBJETO DE REVISION.

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali resolvió “NO TUTELAR la petición aquí presentada”, con el lacónico argumento que a continuación se transcribe:

“La entidad SALUDCOOP E.P.S en Occidente manifiesta que su negativa en practicar la operación a la menor esta (sic) basada en el artículo 60 del Dcto 806 de 1998 que define los períodos mínimos, para gozar del derecho establecidos estos en 52 semana (sic) de cotización para enfermedades de manejo quirúrgicos, que la menor aparece afiliada a la promotora de Salud el 21 de Septiembre del presente año; la situación (sic) planteada por la E.P.S esta (sic) ampliamente reconocida por el accionante quien manifiesta que solo aparece afiliándose a la Entidad prestadora de Salud el 21 de Septiembre del presente año y que ha (sic) a la fecha de su presentación tan solo han transcurrido cuarenta y dos días (42) razón (sic) por la cual la E.P.S SALUDOS (sic) no puede atender la cirugía de la menor, si la salud de la niña se encuentra afectada gravemente y sus padres carecen de recursos económicos para atenderla existen (sic) la Entidad Gubernamental Departamental creada por el estado (sic) para atender a la menor con el fin de que se le preste una pronta atención para su enfermedad”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial ya reseñada, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Reiteración de jurisprudencia.

En esta oportunidad la Sala Novena de Revisión debe reiterar la constante jurisprudencia de la Corporación, en relación con la inaplicación de la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud¹, cuando ésta excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales a determinado individuo, jurisprudencia igualmente recordada en Sentencia T-1678, de 5 de diciembre de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

En la Sentencia en referencia, se dijo lo siguiente:

" 1. El problema jurídico

" La Defensoría del Pueblo, en representación de la actora, pretende que a través de la acción de tutela, el juez proteja los derechos fundamentales de los peticionarios a la vida, salud y seguridad social, en razón a que la demandante requiere de un tratamiento quirúrgico urgente, pues padece de "esterosis valvular mitral moderada" para lo cual requiere de "un cateterismo cardiaco derecho e izquierdo", pero no cuenta con los períodos mínimos de cotización (100 semanas Dto. 806 de 1998), ni con los recursos económicos para sufragar el porcentaje que por ley le corresponda a fin de obtener el procedimiento médico recomendado por el médico tratante adscrito a la EPS del ISS - Seccional Magdalena.

" Reiteración de Jurisprudencia. La protección del derecho a la vida y a la salud

" En múltiples pronunciamientos sobre casos semejantes al aquí estudiado, esta Corte ha estimado que la protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual, pues no es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y en consecuencia a la vida. Por lo tanto, en

criterio de la Sala no puede tolerarse que ante la necesidad de recibir un tratamiento médico para conservar la existencia humana, se antepongan intereses de carácter económico, o se invoquen disposiciones de carácter legal, tal como sucede en el caso examinado para negar tratamientos médicos urgentes que por su ausencia de práctica pongan en vilo la vida misma de las personas.

” En efecto, no escapa a la Corte que existen disposiciones de carácter legal (art. 164 de la ley 100 de 1993 y el decreto 1938 de 1993), que disponen que la atención de determinadas enfermedades consideradas catastróficas o ruinosas y que requieren tratamientos de alto costo, como es el caso de un “cateterismo cardiaco derecho e izquierdo” (art. 38 literal b) del párrafo primero del Decreto 1938 de 1994), estén sujetos a períodos mínimos de cotización y que en caso de no ser cumplidos por el afiliado, no le dan derecho al acceso al mismo, disposiciones jurídicas reiteradas nuevamente por el legislador en el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, y que obligan al pago por parte de los afiliados, de acuerdo con su capacidad socioeconómica para recibir dichos tratamientos; disposiciones que en principio, justifican la negación de un tratamiento de esta naturaleza por parte del ISS, así como la improcedencia de la tutela. Sin embargo, en atención a las especiales circunstancias del caso concreto analizado, la mencionada normatividad, dentro de un Estado Social de Derecho, no puede servir de fundamento para negar un tratamiento o una intervención quirúrgica como la que requiere la demandante.

” Por lo tanto, debe reiterar la Corte, una vez más, que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación especialmente las Sentencias C-112 de 1998 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y SU-819 de 1999 MP Dr. Alvaro Tafur Galvis), es válida la exigencia de períodos mínimos de cotizaciones cuando se trata de enfermedades de alto costo, o para el suministro de drogas excluidas del POS o para el ejercicio de determinados tratamientos, así como también es viable el cobro de un porcentaje cuando no se reúnen las semanas mínimas de cotizaciones establecidas para determinados procedimientos, salvo que se trate de un caso de urgencia o de gravedad suma, fenómenos que se deberán demostrar en el expediente, como ocurre en este caso concreto (folios 3 y 4 expediente) en donde el médico tratante de la señora Margarita Osorio Pedrozo, recomienda con carácter urgente la práctica de un “cateterismo cardiaco derecho e izquierdo”.

” De otra parte, se reitera:

‘ En el caso de enfermedades catastróficas o de alto costo, si bien deben respetarse las semanas mínimas de cotización, también lo es que cuando el afectado no tiene el mínimo de semanas cotizadas, puede acceder a los servicios médicos cancelando el porcentaje correspondiente a las semanas que le faltan para completar el mínimo o, en último caso, si fuere urgente e imprescindible la atención y el afectado careciere de recursos económicos para ello, la EPS deberá suministrarle los cuidados médicos y clínicos que requiera, pudiendo posteriormente repetir por los sobrecostos contra la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social -Fosyga-.’ M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

” Por su parte, está demostrado en el expediente (folio 11) que la peticionaria no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar parte del tratamiento a título de copago, pues es una persona de escasos recursos económicos, cuyo ingreso es un salario mínimo, el cual destina al pago de vivienda, salud, alimentación, vestuario de ella misma y de los miembros de su núcleo familiar, por lo tanto, se ajusta a las hipótesis contempladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para conceder la acción de tutela, según el tenor literal previsto en la Sentencia SU-089 de 1999 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

En el caso materia de revisión, la Sala observa que los accionantes demandan la protección de los derechos fundamentales de petición e igualdad, y desde luego que están equivocados, de donde resulta conveniente precisar que en eventos de la naturaleza por ellos expuesta, los derechos fundamentales a proteger son los de la vida, en conexidad con los de la salud y la seguridad social, sobre los cuales la Corte ha puntualizado:

“-El derecho a la vida y el derecho a la salud

” En reiteradas oportunidades ha precisado la jurisprudencia Constitucional que la salud y la seguridad social, a pesar de no ser autónomamente derechos fundamentales, sí pueden protegerse por vía de tutela cuando aparecen estrechamente ligados a uno o más derechos de tal naturaleza, esto es, por ejemplo, cuando hay conexidad con la vida o con el derecho al trabajo, en los trabajadores dependientes. En tales casos se convierten en un todo inescindible que exige la protección del ser humano y de su dignidad².

” También es claro que el concepto de vida no se limita a la posibilidad de la existencia y que no surge únicamente con el riesgo a la muerte o de una pérdida funcional significativa. Por

el contrario, debe ser entendido en forma amplia como aquella facultad de realización humana en todas sus manifestaciones, enmarcada en el principio de dignidad y superando una visión reducida al aspecto netamente biológico³.

” La Corte ha hecho suya esta perspectiva y sobre el particular ha planteado lo siguiente:

‘ No es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia’ 4.

” La jurisprudencia constitucional, así mismo, ha condenado enfáticamente la resistencia a proteger el referido derecho cuando el demandante en acción de tutela, como lo sostuvieron los jueces de instancia en este proceso, no ve comprometida su vida, es decir, no se halla al borde de la muerte. También en reiteradas ocasiones, la Corte ha manifestado que no tiene sentido esperar tan indeseable límite para hacer efectiva una garantía constitucional, pues ello significa, además, una falta al deber de solidaridad dispuesto en el artículo 95 de la Constitución Política⁵.

Así pues, resulta claro que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para garantizar los derechos a la salud y a la seguridad social cuando aparecen conexos con el derecho a la vida. Sin embargo, corresponde apreciar las circunstancias de cada caso en concreto luego de una valoración objetiva de los hechos referidos en la demanda.

2. El caso concreto.

La menor NATALIA JIMENA FERNANDEZ CAMPO es beneficiaria de la Empresa Promotora de Salud accionada, y su padre, para la fecha de presentación de la acción de tutela, apenas cumplía cuarenta y dos días como afiliado. El médico tratante de la menor ordenó la práctica del “procedimiento terapéutico” denominado “adenoidectomía mirigocentesis con o sin colocación de tubos ventilatorios”, para cuya práctica a cargo de la EPS es indispensable que el afiliado haya cotizado cincuenta y dos (52) semanas como mínimo, por lo cual, según lo explicó el representante de la entidad accionada, se requiere que efectúe un pago

proporcional al tiempo cotizado. Si embargo, el padre de la enferma aduce que no cuenta con los recursos económicos para que le practiquen la intervención.

Aunque la juez de instancia no practicó prueba alguna distinta a solicitar información a la accionada sobre el caso, como podría haber sido la de escuchar el testimonio de los padres de la menor para indagarles por su situación económica, lo cierto es que las manifestaciones de los accionantes y los documentos por éstos aportados permiten deducir que la cirugía que requiere la menor es urgente, pues así se lee en la hoja clínica en la cual el médico cuál era la “conducta” a seguir, luego está de por medio el derecho a la vida digna en conexidad con los derechos a la salud y seguridad social. La imposibilidad económica para asumir el costo de la intervención por parte de los peticionarios se colige al tomar en cuenta su afirmación en el sentido de que la madre se quedó sin trabajo y por ello dejó de cotizar a la EPS a la cual estaba afiliada perdiendo de ese modo la antigüedad y, además, no hay lugar a pensar que se acude a la tutela por el deseo de los padres de la niña para evitar las disposiciones legales que regulan la materia desde el punto de vista económico, pues son claros los accionantes en decir que la menor presenta síntomas que demuestran el grave deterioro de su salud, de modo que si contaran con los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía, sin duda ya lo habrían hecho.

En tales circunstancias, no resulta atendible la pretensión de la entidad accionada en cuanto a la improcedencia de la solicitud de amparo por la existencia de otros medios de defensa a los que pueden acudir los peticionarios, pues la urgencia de la intervención que requiere la menor los hace ineficaces.

En consecuencia, se revocará el fallo objeto de revisión y en su lugar se concederá el amparo de los derechos efectivamente vulnerados, como son los de la vida, en conexidad con los de la salud y la seguridad social, para lo cual se ordenará a SALUDCOOP E.P.S., Regional Occidente, que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación del presente fallo, practique, si es que no se ha hecho, el procedimiento terapéutico o quirúrgico “adenoidectomía mirigocentesis con o sin colocación de tubos ventilatorios” dispuesto por el médico tratante a la menor NATALIA JIMENA FERNANDEZ CAMPO.

Igualmente se declarará que SALUDCOOP E.P.S. puede repetir contra el FOSYGA por el equivalente al número de semanas faltantes al cotizante HILMER ARIEL FERNANDEZ FERNANDEZ, pues en el caso específico no puede hablarse precisamente de un “sobrecosto”, como en otros eventos, toda vez que se trata de una cirugía de tipo electivo que requiere de 52 semanas mínimas de cotización para ser totalmente cubierta por el Plan Obligatorio de Salud, requisito que no se cumple respecto del mencionado afiliado a la entidad prestadora de salud accionada.

I. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo adoptado por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cali el 21 de noviembre de 2000, mediante el cual decidió no tutelar “la petición” presentada.

Segundo. CONCEDER la tutela del derecho a la vida en conexión con el derecho a la salud y a la seguridad social. En consecuencia, se ordena a SALUDCOOP E.P.S., Regional Occidente, que dentro del perentorio término de cuarenta ocho (48) horas a partir de la notificación del presente fallo, si es que no se ha hecho, practique el procedimiento terapéutico o quirúrgico “adenoidectomía mirigocentesis con o sin colocación de tubos ventilatorios” dispuesto por el médico tratante a la menor NATALIA JIMENA FERNANDEZ CAMPO.

Tercero. DECLARAR que SALUDCOOP E.P.S., Regional Occidente, puede repetir contra el FOSYGA por el equivalente al número de semanas faltantes al cotizante HILMER ARIEL FERNANDEZ FERNANDEZ.

Cuarto. Por Secretaria general, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias T-114 y T-640 de 1997 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell; T-784/98; SU-111 de 1997 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-617/00 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-494/93 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-395/98 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

3 Ver Sentencias T-576/94 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo y T-282/98 MP. Dr. Fabio Morón Díaz

4 Sentencia T-283 de 1998.

5 Sentencia T-560 de 1998.