

Sentencia T-821/01

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Imposibilidad de conseguir recursos para pago de cirugía/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO- Cirugía de mano

Debe tenerse en cuenta que si bien, en principio la menor recibió atención médica, la negativa por parte de la A.R.S demandada de no autorizar la práctica de la cirugía, hasta tanto se cancele el 10% del valor de la misma, de conformidad con el nivel de afiliación, constituye un claro desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, pues se están anteponiendo intereses legales por encima de la salud, el bienestar y la calidad de vida de una menor, a quien se remitió de manera urgente a la ciudad de Medellín, y le fue ordenada la práctica de una cirugía, que según el ortopedista es prioritaria (folio 7 vuelto). Entonces, el juez de instancia como juez constitucional antes de denegar el amparo que se le solicitó, debió tener en cuenta para su decisión que quien pide la protección del derecho a la salud, la vida y la seguridad social es una menor de edad, que de conformidad con el ordenamiento constitucional, cuenta con la prevalencia de sus derechos por encima de los derechos de los demás y con mayor razón por encima de disposiciones legales, máxime cuando su cumplimiento escapa del querer de su progenitora, pues simplemente, por sus escasos recursos económicos, y por su situación de desempleo, le es imposible cubrir el valor que la cirugía de su hija demanda.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Repeticón contra el FOSYGA

Debe tenerse en cuenta que los intereses de la entidad demandada no se verán afectados con la decisión de cubrir, por la carencia de recursos económicos del afiliado, el valor del copago correspondiente, pues la cirugía de la actora se encuentra dentro del plan obligatorio de salud subsidiado - POSS. Por consiguiente, para obtener el reintegro de los valores que no está obligado legalmente a asumir, la A.R.S. podrá hacer uso de la acción de repetición en contra del Estado, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, o a cargo de los recursos del subsidio a la oferta del régimen subsidiado, (artículo 31 decreto 806 de 1998).

Referencia: expediente T-474.330

Acción de tutela Maria Doris Rodas Alzate en representación de su hija menor de edad, Leydy Johana Álvarez Rodas, contra la Caja de Compensación Familiar Comfenalco -Antioquia.

A.R.S.

Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia - Antioquia.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sentencia aprobada en Bogotá, D.C., en sesión del dos (2) de agosto de dos mil uno (2001).

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, y Jaime Córdoba Triviño en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia - Antioquia, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Maria Doris Rodas Alzate en representación de la menor Leydy Johana Álvarez Rodas, contra la Caja de Compensación Familiar Comfenalco - Antioquia. A.R.S.

La Sala de Selección No. 7 de la Corte Constitucional, por auto del diez (10) de julio de 2001, seleccionó para su revisión el fallo de la referencia. El expediente fue allegado al despacho del magistrado ponente, por Secretaría General, el día dieciséis (16) de julio de 2001.

I. ANTECEDENTES.

La señora Maria Doris Rodas Alzate, en representación de su menor hija Leydy Johana Álvarez Rodas, presentó, el diez (10) de mayo de 2001, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, acción de tutela contra Comfenalco A.R.S., por los hechos que a continuación se resumen:

A. Hechos.

1. La demandante y su hija se encuentran afiliadas en el régimen subsidiado de salud, Sisben de la A.R.S. Comfenalco -nivel II de afiliación.

2. El 12 de marzo de 2001, la menor Leydy Johana Álvarez Rodas, sufrió una fractura en la mano izquierda, y fue atendida en un centro de salud del Corregimiento de Bolombo, luego en el Hospital San Rafael, en la zona urbana.

3. El 1 de mayo de 2001, se remitió a la menor en forma urgente a la ciudad de Medellín, ciudad en donde el médico tratante, ordenó la práctica de una cirugía por presentar osteosíntesis cúbito y radio N2. Sin embargo, la entidad demandada informó a la actora que la práctica de la cirugía no se realizará, hasta tanto no cancele la suma de \$143.000 pesos, lo que corresponde al 10% por concepto de copago de conformidad con el nivel de afiliación.

4. La señora Rodas Alzate, afirma que es madre cabeza de familia de dos menores de 12 y 6 años respectivamente, vive en el corregimiento de Bolombo, y actualmente se encuentra desempleada, razón por la que carece de recursos económicos para sufragar el valor que le corresponde.

B. La demanda de tutela.

La actora solicita la protección rápida y eficaz del derecho a la vida y salud de su hija, Leydy Johana Álvarez Rodas por medio de una orden al Gerente de Comfenalco - Antioquia para que practique la cirugía que ésta requiere, y repita contra el Estado por el valor adicional, pues la cirugía de la menor es urgente y no tiene la posibilidad económica para asumir el valor que le corresponde.

C. Respuesta otorgada por el apoderado de Comfenalco - Antioquia, al juez de tutela (folios 12 y 13).

En escrito fechado el 14 de mayo de 2001, el apoderado de la entidad demandada, señaló que es cierto que la menor Leydy Johana Álvarez, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud - Régimen Subsidiado del Municipio de Venecia - Antioquia, al programa de la A.R.S. Comfenalco y como tal tiene derecho a que se le suministren los procedimientos, medicamentos y cirugías que se encuentren dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, lo cual se hace de manera oportuna, de acuerdo con la correspondiente prescripción médica, con el fin de recuperar, restablecer o mantener su salud, cumpliendo así con las obligaciones que legal y constitucionalmente le asisten a la entidad

Así mismo, señaló que no se está violando ningún derecho fundamental, pues actualmente la menor no padece ninguna enfermedad que ponga en peligro su vida. Además, no le ha sido negada ninguna atención médica, pues la cirugía que requiere está expresamente incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, simplemente, para realizar este procedimiento se ha establecido unos copagos, que son aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y, cuya finalidad es ayudar a financiar el sistema de conformidad con el artículo 2 del acuerdo 30 de 1997. Por tanto, para el caso de la menor el porcentaje del copago equivale al 10% dado su nivel de afiliación.

Concluye afirmando que la acción de tutela no esta dirigida para la prestación del servicio médico, sino por el contrario lo que se pretende es obtener un beneficio puramente económico, razón por la que solicita se declare su improcedencia.

D. Sentencia de única instancia.

Señala que a la menor no se le ha negando ningún servicio médico, por el contrario, ha recibido la atención oportuna para su salud, pero el copago está estipulado legalmente, razón por la que no puede la demandante al ejercer la acción de tutela pretender que sea exonerada del pago de este concepto.

La anterior decisión no fue impugnada, razón por la que el juzgado de conocimiento remitió el expediente a esta Corporación para su eventual revisión.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991

Segunda. Lo que se debate.

La actora, en representación de su hija, quien requiere la práctica de una cirugía, y no cuenta con los recursos económicos para sufragar el porcentaje

que por ley le corresponde, solicita al juez de tutela amparar los derechos de los niños, la

vida, la salud, y seguridad social, mediante una orden a la entidad acusada, para que practique la cirugía que requiere la menor Leydy Johana Álvarez, sin necesidad de asumir el valor del copago correspondiente a su nivel de afiliación.

Tercera.- Régimen Subsidiado de Salud.

3.1. Como asunto previo, es preciso recordar que en Colombia desde 1991, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se divide en dos grandes grupos a saber: régimen contributivo y régimen subsidiado, al primero de ellos pertenecen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

En el régimen subsidiado, se encuentran las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Es decir, la población más pobre y vulnerable del país que habita en las áreas rural y urbana, adquiriendo dentro de este grupo especial importancia, las madres durante el embarazo, parto, posparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago¹ (se subraya).

3.2. Son muchos los pronunciamientos en donde esta Corporación ha estudiado todo lo relacionado con el régimen subsidiado de salud de conformidad con la ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios (sentencias T-177 de 1999, T- 549 de 1999, SU-819 de 1999, T-214 de 2000, T-1083 de 2000, T-1331 de 2000, T- 1579 de 2000, T-355 de 2001, entre otras)

3.3. En este orden de ideas, se ha manifestado que quienes pertenecen al régimen subsidiado de salud, se someten previamente a un sistema de selección de beneficiarios para programas sociales, en donde por medio de una encuesta se analizan sus condiciones personales, vivienda, capacidad económica, y su situación personal, para ser posteriormente clasificados dentro de uno de los seis niveles de afiliación, siendo tarea del Consejo Nacional

de Seguridad Social CNSS, fijar los criterios para determinar los posibles beneficiarios del régimen subsidiado (artículo 213 inciso 3 y artículo 156 literal b de la ley 100 de 1993). Al respecto en sentencia T-177 de 18 de marzo de 1999. M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz, se preciso que:

“La regulación del SISBEN es ineficiente, por la misma razón por la que resulta contraria al orden público de la salud, no sólo en materia de sida, sino en todo lo que tiene que ver con la prestación del servicio público de atención en salud a la población pobre: el Estado, a través del CONPES, en su afán por focalizar la política social en proteger a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, ignoró otra obligación -igualmente importante-, que debe cumplir como parte de esa política social: proteger especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta.

La regulación del SISBEN es ineficiente y contraria al orden público de la salud, por las mismas razones que la hacen dar lugar a violaciones sistemáticas del derecho a la igualdad: a) no permite recolectar los datos relevantes para diferenciar las personas que están expuestas al riesgo de sufrir una u otra enfermedad, de las que han sido efectivamente contagiadas o contraído la enfermedad por otra vía, y no posibilita distinguir entre las personas que sufren un padecimiento, a las afectadas de manera temporal de las enfermas crónicas, permanentes y terminales; de esa manera, el funcionario departamental o municipal encargado de decidir a quiénes se otorgará la calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, no puede -aunque quiera hacerlo-, promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, ni adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”; b) hace nugatorio el derecho de defensa de quienes resultan discriminados o pertenecen a uno de los grupos que lo vienen siendo, pues para cambiar su calificación, sólo les permite solicitar una nueva aplicación de los mismos formularios, que no puede arrojar resultados distintos a los originales hasta que el daño sea irremediable. En el caso de Y, el paciente murió sin el tratamiento médico que requería, y sin que variara para nada su calificación como aspirante a beneficiario del SISBEN; más aún, si se vuelven a aplicar los cuestionarios a su anciana madre, ésta tampoco ahora calificaría para beneficiaria”. (Se Subraya).

3.4. En el caso objeto de revisión, la demandante y su hija por carecer de recursos económicos, se encuentran vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, régimen subsidiado – zona rural, pues habitan en el corregimiento de Bolombo – Antioquia y están clasificadas en el nivel II de afiliación (folio 14), pues al momento de ser encuestadas, su condición socioeconómica les permitió entrar en dicho nivel, aunque en esta oportunidad su situación haya variado (recuérdese que los niveles de afiliación son 6 y se clasifica en el primer nivel a la población más pobre).

La entidad demandada, como condición necesaria para la práctica de la cirugía que la menor Leydy Johana requiere, y en razón del nivel de afiliación de la beneficiaria, nivel que como se dijo, se otorga después de realizar una serie de encuestas y analizar la condición socioeconómica de la persona; exige el cubrimiento del copago, es decir el 10% del valor del servicio demandado, con fundamento en el artículo 2 del acuerdo 30 de 1997 que establece que para la realización de una cirugía cubierta en el POSS, dado el nivel II de afiliación, es necesario que el beneficiario cancele el valor del copago correspondiente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala examinará si el argumento de la administradora del régimen subsidiado de salud, de no autorizar la práctica de la cirugía que necesita la menor, beneficiaria del régimen subsidiado, es razón suficiente para denegar la protección que se reclama.

Cuarta.- Las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud, no pueden negar la práctica de un procedimiento quirúrgico, cuando es evidente la falta de recursos económicos de los afiliados y/o beneficiarios para cubrir el porcentaje que les corresponde.

Esta Corporación ha señalado que “ La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor ..., que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido...” (Corte Constitucional, sentencia T- 370 de 1998.

Magistrado Alfredo Beltrán Sierra).

Tal como lo afirmó la entidad acusada, al contestar la acción de tutela instaurada en su contra, a la actora le corresponde cubrir un porcentaje para la práctica de la cirugía que su hija Leydy Johana requiere, dado su nivel de afiliación. Esta disposición, en principio justificaría la no prestación del servicio médico, así como la improcedencia de la acción de tutela. Sin embargo, es obligación del juez constitucional analizar más allá de las disposiciones legales, si está de por medio la vulneración de derechos constitucionales fundamentales como lo son, la vida, la salud y la seguridad social de un menor (artículo 44 de la Constitución).

Dentro de este contexto en el sub iudice, la menor Leydy Johana Álvarez, padece de "osteosíntesis - cúbito y radio N2", fue atendida inicialmente, en un centro de salud del corregimiento de Bolombo - zona rural, siendo remitida posteriormente, al Hospital San Rafael E.S.E. y luego al Centro de ortopedia y traumatología en la ciudad de Medellín, donde el médico tratante, le ordena de manera urgente y para prevenir complicaciones futuras, la práctica de una cirugía, la que no puede realizarse, pues la A.R.S. demandada, siguiendo disposición legales, exige que la progenitora cancele la suma de \$143.000 pesos, suma que es casi la mitad de un salario mínimo legal y por las condiciones económicas en que se encuentra la señora Rodas Alzate, no puede cancelar, pues en la actualidad se encuentra desempleada, es madre cabeza de familia y debe velar por los cuidados de dos menores de doce y seis años de edad.

Por tanto, siguiendo lo dicho por esta Corporación, "en casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio como el que se reclamaba. Pues, por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema"2 debe tenerse en cuenta que si bien, en principio la menor recibió atención médica, la negativa por parte de la A.R.S demandada de no autorizar la práctica de la cirugía, hasta tanto se cancele el 10% del valor de la misma, de conformidad con el nivel de afiliación, constituye un claro desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, pues se están anteponiendo intereses legales por encima de la salud, el bienestar y la calidad de vida de una menor, a quien se remitió de manera urgente a la ciudad de Medellín, y le fue ordenada la práctica de una cirugía, que según el ortopedista es prioritaria (folio 7 vuelto).

Entonces, el juez de instancia como juez constitucional antes de denegar el amparo que se le solicitó, debió tener en cuenta para su decisión que quien pide la protección del derecho a la salud, la vida y la seguridad social es una menor de edad, que de conformidad con el ordenamiento constitucional, cuenta con la prevalencia de sus derechos por encima de los derechos de los demás y con mayor razón por encima de disposiciones legales, máxime cuando su cumplimiento escapa del querer de su progenitora, pues simplemente, por sus escasos recursos económicos, y por su situación de desempleo, le es imposible cubrir el valor que la cirugía de su hija demanda.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que los intereses de la entidad demandada, no se verán afectados con la decisión de cubrir, por la carencia de recursos económicos del afiliado, el valor del copago correspondiente, pues la cirugía de la actora se encuentra dentro del plan obligatorio de salud subsidiado - POSS. Por consiguiente, para obtener el reintegro de los valores que no está obligado legalmente a asumir, la A.R.S. podrá hacer uso de la acción de repetición en contra del Estado, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía, o a cargo de los recursos del subsidio a la oferta del régimen subsidiado, (artículo 31 decreto 806 de 1998).

En consecuencia, habrá de revocarse el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia -Antioquia- y, en su lugar, conceder el amparo solicitado, en los términos expuestos con anterioridad, a fin de proteger los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social de la menor Leydy Johana Álvarez Rodas.

III.- DECISIÓN.

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,

RESUELVE:

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia - Antioquia-, el seis (6) de mayo de 2001, en la acción de tutela instaurada por Maria Doris Rodas Alzate, en representación de su hija, Leydy Johana, contra Caja de Compensación Familiar Comfenalco -Antioquia. A.R.S. En su lugar, CONCÉDASE el amparo solicitado.

Segundo: En consecuencia, ORDÉNASE a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco - Antioquia. A.R.S. que, a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la práctica de la cirugía a la menor, en los términos expuestos en la parte motiva de este fallo, sin anteponer intereses de carácter legal.

Tercero. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

1 Ley 100 de 1993, artículo 157 y Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 19 establece que “los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993”. Igualmente en el artículo 29 la misma Ley 361 de 1997 establece que serán beneficiarios del mismo Régimen Subsidiado, las personas con limitación que con base en certificación médica autorizada no puedan gozar de un empleo médico competitivo que les produzca ingresos al menos equivalentes al salario mínimo legal vigente.

2 Corte Constitucional – Sentencia SU 480 de 25 de septiembre de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.