

Sentencia T-858/04

Si bien es cierto que el actor no compareció a retirar el oficio en el cual se ordenaba la práctica de un examen en medicina legal, sí aparecía en el expediente un certificado médico que, de forma sumaria, determinaba la importancia de la cirugía que requiere el menor. Por tanto, si bien eventualmente pudo haber existido algún tipo de negligencia por parte del padre del menor, al no concurrir con su hijo a la práctica del examen en medicina legal, éste hecho no puede tener la potencialidad de afectar directamente al niño, sobretodo cuando está de por medio su derecho fundamental a la salud. Si ocurre que el monto establecido por el SOAT no alcanza a cubrir los tratamientos y procedimientos requeridos, será el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía - Subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, quien cubrirá la diferencia hasta un monto determinado. Y en la hipótesis de que la atención médica y quirúrgica supere lo previsto tanto en el SOAT como en la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, corresponderá a la EPS a al cual está afiliado el actor, cubrir los excedentes. Eventualmente, una vez establecida judicialmente la responsabilidad del conductor y/o propietario del vehículo, serán éstos los obligados a sufragar los gastos. En el presente caso, la entidad demandada asegura que se han agotado tanto los valores que cubre el SOAT como los de la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, por lo cual corresponde a la EPS a la cual está afiliada el actor, seguir con el tratamiento que requiere. Por su parte, el demandado indica que está desempleado y no cuenta con ningún amparo de seguridad social.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD

Esta Sala estima que en virtud de principios de continuidad en los tratamientos y del principio de solidaridad, quien deberá proporcionarlos será la entidad demandada, con las precisiones que se harán a continuación. La Corte también ha señalado que el principio de solidaridad en el ámbito del derecho a la salud, no tiene la potencialidad de obligar irracionalmente a los particulares, pues en principio esa obligación corresponde al Estado. De igual forma, en esa decisión la Corte indicó que el principio de solidaridad consagrado en la Carta, no es tan amplio como para imponer a todas las personas, un deber para responder con acciones humanitarias que no tengan límite, ya sea porque arriesgan su propia vida o porque deben cubrir los costos de un tratamiento, sin estar obligados a ello. Dado que ese

deber corresponde al Estado, la Corte precisará que los gastos que se generen por las ordenes dictadas en la presente sentencia, podrán ser recobradas al Fosyga, quien dispondrá de un término de seis meses, contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas, para realizar los respectivos reembolsos.

Referencia: expediente T-900396

Acción de tutela instaurada por Antonio Miranda en representación de su menor hijo Casir Miranda Herrera contra la Clínica General del Norte.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, dicta la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El actor interpuso acción de tutela en contra de la Clínica General del Norte, por considerar que esa institución le ha vulnerado a su menor hijo, los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud.

Señala que el veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), su menor hijo Casir Miranda Herrera, sufrió un accidente de tránsito que le produjo politraumatismos, con heridas en el cuero cabelludo, sien derecha, pabellón auricular izquierdo, fractura

bilateral de fémur y trauma cráneo - encefálico moderado. En el momento del accidente, fue atendido por la Clínica General del Norte de Barranquilla, por conducto del SOAT COLSEGUROS FIDUSALUD que amparaba al vehículo que arrolló a su hijo.

Aduce que en la clínica le hicieron diversos procedimientos, como “reconstrucción de genitales, esfínteres pexia testicular lavado quirúrgico y desbridamiento, el 30 de abril /99 osteosíntesis en ambos fémures”. Indica que al menor le quedó pendiente la cirugía por la cual hay que retirarle el material de osteosíntesis de ambos miembros del Fémur. Asegura que la clínica se niega a practicar el procedimiento, alegando que sólo hay una suma de 155.594 con cargo a la aseguradora Colseguros y Fidusalud, por lo que le indicaron que debe cubrir el saldo para el retiro del material de osteosíntesis. Adicionalmente precisó que está en una situación económica “de pobreza absoluta toda vez que no poseo ningún recurso, estoy desempleado y no tengo ningún amparo de seguridad social”.

2. Respuesta de la entidad demandada

La entidad demandada, indica que “NO está obligada a practicarle al paciente CASIR MIRANDA, el retiro del material de osteosíntesis que le fue colocado al momento de las complicadas cirugías que le fueron practicadas para superar las graves heridas sufridas en un accidente de tránsito con cargo al SOAT, ya que los valores amparados por el SOAT para la época del accidente, SE ENCUENTRAN PRÁCTICAMENTE CUBIERTOS” (Énfasis originales).

Asegura que la obligación de cancelar los gastos de la cirugía para el retiro del material de Osteosíntesis, le corresponde al propietario y/o conductor del vehículo que ocasionó el accidente.

Indicó que en el año de 1999 se le facturó a Colseguros - Soat, la suma de \$3.831.648 por la atención que se le realizó al menor. Precisa que para ese año, el tope del SOAT era de \$3.941.000 quedando sólo un saldo de \$109.352. Aduce igualmente, que se le facturó a FIDUSALUD, la suma de \$2.318.358 y de la misma forma señala que para ese año, el tope cubierto por fidusalud era de \$2.364.600, por lo cual sólo quedó un saldo con cargo a Fidusalud, por la suma de \$46.242. Finalmente indica que esas son las sumas que pueden destinarse para la cirugía de retiro del material de osteosíntesis, por lo cual el saldo debe cancelarlo como paciente particular. Por las anteriores razones, solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

I. SENTENCIAS QUE SE REVISAN.

1. Primera instancia.

El Juzgado Noveno Civil Municipal de Barranquilla, concedió el amparo solicitado el quince (15) de diciembre de dos mil tres (2003). Esta autoridad judicial consideró que el procedimiento que requiere el menor no puede supeditarse a la falta de pago previo de la misma por parte del accionante “pues en todos los casos, prevalece el derecho fundamental a la vida que le asiste al menor, por lo cual, se ampararán los derechos solicitados en este asunto” En consecuencia, ordenó a la demandada la realización de la cirugía para que se le retire el material de osteosíntesis que el menor requiere, precisando que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema general de Seguridad Social en Salud, por los dineros invertidos, en lo que corresponde al procedimiento quirúrgico solicitado.

Impugnación

La decisión de primera instancia fue impugnada por el demandado, quien solicitó revocar el fallo impugnado. Indica que en el presente caso, tanto el padre como la persona que ocasionó el accidente, son los directamente responsables de cubrir los costos del tratamiento. Señala que la cirugía que requiere el hijo del demandante, no tiene el carácter de urgente, por lo cual no aplica la jurisprudencia constitucional. Precisa que en el proceso no existe ni siquiera un concepto médico en la cual se determine que la vida del paciente está en peligro.

Intervención del demandante.

De igual forma, el demandante dirigió un memorial al juez que conoció de la impugnación, indicando que a su hijo sí le fueron vulnerados sus derechos fundamentales. Alega que no cuenta con recursos económicos para costear la intervención de su menor hijo, y precisó que el material de osteosíntesis que tiene en sus extremidades cumplió su ciclo “y está siendo rechazado por el cuerpo y se le están presentando hematomas que no se le curan hace varios años y está propenso a una encefalitis (aguda) por lo cual se necesita esa extracción de material, el cual el especialista sugiere dicha extracción de material osteosíntesis (sic)” .

Para sustentar su afirmación anexó un diagnóstico médico realizado en el hospital local de Malambo, en donde se diagnostica en el menor “síntomas con dolor que le limitan la deambulaci3n normal. Rx de ambos f3mures revela material de osteos3ntesis con placa y tornillos. i) osteomielitis cr3nica ii) f3stula de grado bajo. Por el anterior diagn3stico se sugiere el retiro de material de osteos3ntesis”.

2. Segunda instancia

El Juzgado doce (12) civil del circuito de Barranquilla, en providencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil cuatro (2004), decidi3 revocar la sentencia de primera instancia. Para fundamentar su decisi3n, el juzgado expuso que la Cl3nica General del Norte no est3 obligada a realizar la operaci3n para el retiro del material de osteos3ntesis, por cuanto el menor no est3 afiliado a esa entidad. Los servicios que le fueron prestados se realizaron por la urgencia en virtud del accidente de transito sufrido por el hijo del demandante. De igual forma, consider3 que el accidente de tr3nsito y la operaci3n de urgencia ocurrieron el 30 de abril de 1999, y s3lo hasta ahora se solicita la pr3ctica de dicha operaci3n para el retiro del material. As3 mismo, indic3 que si bien el paciente fue atendido inicialmente por la Cl3nica demandada, 3ste no est3 afiliado a esa entidad y no est3 probado que el material de osteos3ntesis est3 produciendo un da3o a la integridad del menor.

Al respecto, precisa que “la cl3nica general del norte prest3 todos los servicios m3dicos requeridos por el hijo del accionante en virtud del accidente de tr3nsito y con cargo a Colseguros - Soat y Fidusalud, pero no es posible determinar la urgencia del retiro de material de osteos3ntesis, pues a pesar de haberse ordenado la pr3ctica de un examen en medicina legal, el accionante nunca compareci3 a retirar el oficio en este despacho para el referido examen y adem3s no aparece en el expediente certificado m3dico alguno que determine la imperiosidad de la cirug3a pretendida a trav3s de la tutela”.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a ésta Sala establecer si la negativa de la entidad accionada de realizar la cirugía de retiro de material de osteosíntesis que requiere el menor Casir Miranda Herrera, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

3. El derecho fundamental a la salud.

De forma reiterada, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la salud, en principio, no es un derecho de rango fundamental, ya que conceptualmente tiene un carácter prestacional o asistencial. Sin embargo, esta Corporación también ha precisado que el derecho a la salud tiene carácter fundamental, cuando está en conexidad con otros derechos de rango fundamental, o de manera autónoma, cuando ha sido normativamente regulado.

En este orden de ideas, el derecho a la salud tiene carácter de fundamental por conexidad, cuando un paciente requiere servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que resultan vitales, necesarios y esenciales para el mantenimiento de una vida digna y de su integridad física. Una extensa línea de precedentes ha justificado la procedencia de la acción de tutela, cuando se puede establecer que no brindar el servicio, afecta o pone en peligro derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana. Tal y como se precisó en la sentencia T - 736 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), éstos criterios han sido expuestos por la jurisprudencia constitucional desde las sentencias T-406 de 1992 y T -571 de 1992 en donde se señaló lo siguiente:

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.”

Tal línea ha sido acogida y reiterada en múltiples fallos, como por ejemplo en la sentencia T-419 de 20011 en donde esta Corporación precisó²:

“La Corte Constitucional, desde tiempo atrás, ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para solicitar la efectividad de los derechos denominados simplemente prestacionales, sociales o económicos y no contemplados como fundamentales en la Carta, bajo la condición de que su vulneración ponga en duda la efectividad de éstos últimos³.

Lo anterior teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre la salud y el derecho a vivir con dignidad, porque, además, no se puede desconocer que la realidad económica en muchos casos impide que las personas atiendan, con recursos propios, sus requerimientos de salud y los de sus familiares enfermos, aunque sean apremiantes. Y cuando el estado de salud pone en riesgo la existencia misma del invocante, no cabe duda que la acción de tutela se presenta como el único medio capaz de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.”

De igual forma, debe indicarse que de acuerdo a lo señalado en el artículo 44 Superior, son derechos fundamentales de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella. (...)”. (subrayado fuera de texto). Por tal razón, para la protección del derecho a la salud de los niños, no es necesario indagar si con su falta de prestación ha sido afectado otro derecho fundamental, sino que la tutela procede de manera directa cuando este derecho ha sido vulnerado⁴.

Tal diferenciación de trato fue pensada por el Constituyente, para lograr precisamente una igualdad sustantiva de los niños con las demás personas. Sus especiales condiciones de debilidad, y su imposibilidad para participar directamente en la toma de las decisiones que los afectan, hace irrazonable igualarlos a los adultos en la aplicación de una misma ley. Tal situación generaría condiciones injustas, pues ellos difícilmente podrían conseguir por sí solos, un mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, que los pusiera en igualdad de condiciones frente a los demás. Por ello, la norma constitucional al privilegiarlos, intenta remediar una situación desigual fácticamente comprobable, que podría agravarse si el Estado pretende tratarlos de la misma forma que los mayores. En este sentido, debe entenderse que frente a los niños, las regulaciones y protecciones sobre salud son más

bondadosas y generosas, y no pueden desconocer derechos que les son constitucionalmente indisponibles.

4. Hipótesis fácticas para que proceda la acción de tutela ordenando el suministro de tratamientos y medicamentos.

Esta Corporación ha construido diversas subreglas para establecer en cada caso, la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en los cuales se solicita la práctica o el suministro de un procedimiento o un medicamento. Cuando la petición tiene como objeto procedimientos, tratamientos o medicamentos excluidos del POS, la Corte ha señalado que es procedente conceder el amparo si (i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado. (ii) se trate 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, 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. (iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema. (iv) Cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante⁵

Como ha sido señalado, en éstos casos el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental, por la conexidad que establece con otros derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana. Pero debido a que el medicamento o el tratamiento no está incluido dentro del POS, la Corte ha estimado que no puede obligarse a la Entidad Promotora de Salud a sufragar esos gastos, razón por la cual le asiste a ésta el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, por el costo del tratamiento.

Cuando se trata de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, esta Corporación ha precisado en recientes decisiones⁶ que el derecho a la salud tiene un carácter fundamental de manera autónoma, pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud. En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente en el llamado Plan Básico de Salud. En aquellos eventos en los

cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda.

En reciente decisión de esta Corporación, se señaló sobre este punto lo siguiente:

“Al adoptarse internamente un sistema de salud -no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos⁷.”⁸

Cuando se afecta un mínimo de condiciones a través del cual las personas aseguran sus propias vidas, es procedente que el juez evite la vulneración del derecho fundamental a la salud, ordenando la aplicación de las regulaciones previstas, pues su desconocimiento afecta directamente derechos fundamentales y produce perjuicios que dependiendo del caso, pueden llegar a ser irremediables.

5. El sistema general de Seguridad Social en Salud en Colombia.

El actual sistema general de seguridad social en salud, fue establecido en Colombia a través de la ley 100 de 1993. En esa normatividad, se previó la existencia de dos regímenes distintos que se aplican dependiendo de la capacidad económica de las personas. En la sentencia T - 350 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) fueron analizados estos regímenes, señalándose que el contributivo esta dirigido a aquella población con capacidad de pago, quienes realizan aportes periódicos para lograr la financiación del sistema, mientras que el subsidiado está orientado a materializar la prestación del servicio de salud para aquellas personas que debido a su situación económica, están imposibilitadas para aportar al sistema.

En esa decisión, la Corte precisó que el régimen contributivo opera brindando “la asistencia en salud mediante las Empresas Promotoras de Salud EPS, las cuales desde el momento en el que suscriben el contrato de afiliación con el usuario se encargan de hacer posible el cubrimiento de la población afiliada, mediante la prestación de los servicios incluidos dentro del POS-C.”

Igualmente, se precisó que una vez ha sido iniciada la relación entre afiliado y EPS, ésta última tiene la obligación de prestar y suministrar todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud, a fin de lograr que las personas puedan gozar de una atención integral. Sobre este punto, la sentencia citada afirmó lo siguiente:

“En condiciones normales como ya se afirmó, la EPS se encuentra obligada con el afiliado a prestarle la atención contenida en el POS, para lo cual solo es necesario que el mismo se encuentre al día en el pago de los aportes, cosa distinta ocurre cuando se presentan situaciones excepcionales como las de enfermedades catastróficas, ya que para esos casos se han establecido una serie de condiciones de obligatorio cumplimiento por parte del usuario, para la realización del tratamiento por la EPS, tales como el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema, todo esto con la finalidad de no excluir de la cobertura esas enfermedades. Así, la Ley 100 de 1993 en su artículo 164 estipula: “El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos mínimos de cotización, el acceso a dichos servicios

requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con la capacidad socioeconómica.””

Por su parte, en la sentencia T 579 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte de nuevo reiteró las características del régimen subsidiado. Al respecto, señaló que a éste régimen pertenecen especialmente aquellas personas que integran los estratos 1 y 2, que no pueden incorporarse al sistema de seguridad social en salud a través del régimen contributivo. A éste régimen se accede a través de la identificación de la población pobre y vulnerable, por medio de la realización de la encuesta del sistema de Información de Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben) o “mediante instrumentos de identificación de potenciales beneficiarios diferentes de la encuesta, dirigidos a los grupos de población de menores abandonados, indigentes, desplazados, comunidades indígenas, desmovilizados, madres comunitarias, personas de la tercera edad, entre otros”⁹.

De igual manera, el sistema de salud en Colombia ha previsto un seguro de accidentes de tránsito que, tal y como lo destacó la sentencia T - 111 de 2003, es un seguro obligatorio para todos los vehículos automotores, y cuya función radica en amparar los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito. Al respecto, en esa decisión, la Corte realizó las siguientes precisiones:

“En caso de accidente de tránsito “todos los hospitales y clínicas, tanto públicos como privados. están obligados a prestar la atención médica en forma integral, desde la atención inicial de urgencias hasta su rehabilitación final, así:

- Atención de urgencias
- Hospitalización
- Suministro de material médico, quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis
- Suministro de medicamentos
- Tratamiento y procedimientos quirúrgicos
- Servicios de diagnóstico

· Rehabilitación”10

Es decir que el tratamiento médico debe ser suministrado por los hospitales o clínicas, públicos o privados, no por las aseguradoras. Éstas son administradoras del capital con el cual se cubre los tratamientos médicos.

Esto se confirmó en la circular externa No 014 de 1995 de la Superintendencia Nacional de Salud donde se estableció que “las instituciones prestadoras de Servicio de Salud y las Entidades Promotoras de Salud o las entidades de seguridad y previsión social, están obligadas a prestar la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por los daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito... (numeral 1 artículo 177 Decreto 663 de 1993). En consecuencia, considerando el nivel de atención y grado de complejidad, la institución que haya recibido al paciente, es responsable de la integridad de la atención, hasta tanto no se supere el monto de las coberturas del seguro de accidentes de tránsito y del Fondo de Solidaridad y Garantía, después de lo cual la responsabilidad del pago de los servicios recae sobre la entidad responsable del afiliado o vinculado””

Cuando las clínicas u hospitales han suministrado la atención médica a una persona que ha sufrido un accidente de tránsito, tienen la facultad para cobrar directamente a la Empresa Aseguradora que expidió el SOAT, por los costos de las intervenciones, hasta por el monto fijado por las disposiciones pertinentes. En la sentencia T - 111 de 2003, se señaló igualmente que “Una vez agotada la cuantía para los servicios de atención médico - quirúrgica que cubre el SOAT, es decir los 500 salarios mínimos diarios legales vigentes al momento del accidente, “el hospital o clínica reclamará ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, hasta un máximo equivalente 300 salarios mínimos diarios legales vigentes al momento del accidente.”11”

Si se da el caso de que los montos superan los 800 salarios mínimos diarios legales vigentes dispuestos por las normas, está previsto que esos excedentes sean asumidos por la Empresa Promotora de Salud o de medicina prepagada a la cual esté afiliada la víctima del accidente, o en aquellos casos en los cuales éste haya sido calificado como accidente de trabajo, el excedente deberá ser reconocido por la Administradora de Riesgos Profesionales.

Con base en estas consideraciones, la Sala abordará el estudio del caso concreto

6. Caso concreto.

En el presente caso, el actor señala que su hijo requiere una intervención quirúrgica para retirar un material de osteosíntesis, que le fue implantado por causa de un accidente de tránsito sufrido. El juez de primera instancia concedió el amparo, por cuanto consideró que el costo del procedimiento que requiere el menor, no puede supeditarse a su pago. Por el contrario, el juez de segunda instancia, acogiendo los argumentos del demandado, revocó la sentencia de primera instancia, indicando que la entidad demandada no tiene la obligación de cubrir el tratamiento. Precisa que la clínica accionada, prestó todos los servicios médicos que requería el menor hijo del actor. Y adicionalmente, estimó que no estaba probada la urgencia del retiro del material de osteosíntesis, pues el actor nunca concurrió a la práctica de un examen en medicina legal, ordenado por el juez.

Como puede observarse, el debate en el presente caso tiene como objeto determinar primero, si la no realización del procedimiento que requiere el menor vulnera sus derechos fundamentales, y segundo, establecer quién tiene la obligación de costear y brindar dicho procedimiento.

Contrario a lo que afirma el juez de segunda instancia, en el expediente sí existía prueba de la necesidad de practicar el retiro del material de osteosíntesis que le fue implantado al menor. En efecto, a folio 3 del primer cuaderno, se observa un concepto suscrito por el Doctor Fernando Romero, médico del Hospital Local de Malambó – Santa María Magdalena, en donde señala lo siguiente:

“paciente que sufrió accidente de tránsito quedando con fractura (ilegible) femoral, con posterior reducción abierta más osteosíntesis con placa y tornillo hace cuatro años. Hace un año con fístula de grado bajo activa en muslo izquierdo acompañando tales síntomas con dolor que le limitan la deambulacion normal. Rx de ambos fémures revela material de osteosíntesis con placa y tornillos. i) osteomielitis crónica ii) fístula de grado bajo. Por el anterior diagnóstico se sugiere el retiro de material de osteosíntesis (ilegible)”.

Si bien es cierto que el actor no compareció a retirar el oficio en el cual se ordenaba la práctica de un examen en medicina legal, sí aparecía en el expediente un certificado médico que, de forma sumaria, determinaba la importancia de la cirugía que requiere el menor. Por tanto, si bien eventualmente pudo haber existido algún tipo de negligencia por parte del

padre del menor, al no concurrir con su hijo a la práctica del examen en medicina legal, éste hecho no puede tener la potencialidad de afectar directamente al niño, sobretodo cuando está de por medio su derecho fundamental a la salud. La anterior situación conlleva a analizar el segundo problema jurídico que plantea el presente caso, que tiene como objeto determinar quién tiene la obligación de costear y brindar el procedimiento señalado.

Tal y como fue precisado, la normatividad en salud establece diversas regulaciones al respecto. En casos en los cuales una persona resulta herida o lesionada en un accidente de tránsito, ha sido previsto el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, que cubrirá por un monto determinado, el costo de las operaciones, cirugías y atenciones médicas que suministre cualquiera de las clínicas a las cuales sea llevada la persona afectada, quienes valga precisar, no pueden negarse bajo ningún argumento, a brindar la atención médica de urgencia.

Si ocurre que el monto establecido por el SOAT no alcanza a cubrir los tratamientos y procedimientos requeridos, será el Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía - Subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, quien cubrirá la diferencia hasta un monto determinado. Y en la hipótesis de que la atención médica y quirúrgica supere lo previsto tanto en el SOAT como en la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, corresponderá a la EPS a la cual está afiliado el actor, cubrir los excedentes.

Eventualmente, una vez establecida judicialmente la responsabilidad del conductor y/o propietario del vehículo, serán éstos los obligados a sufragar los gastos.

En el presente caso, la entidad demandada asegura que se han agotado tanto los valores que cubre el SOAT como los de la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, por lo cual corresponde a la EPS a la cual está afiliada el actor, seguir con el tratamiento que requiere.

Por su parte, el demandado indica que está desempleado y no cuenta con ningún amparo de seguridad social.

Con base en la normatividad vigente, debería concluirse a primera vista, que el demandado no tiene la obligación de brindar el tratamiento que requiere el actor, y que éste último tiene varias opciones para cubrirlo, que pueden resumirse en las siguientes: i) debe acudir a otras entidades de salud, que componen la red pública hospitalaria ii) debe iniciar las acciones legales para establecer la responsabilidad de quien ocasionó el accidente, y obligarle a cubrir

los costos iii) debe solicitar la afiliación al SISBEN, para que su hijo esté cubierto por el Sistema de Seguridad Social, y de este modo acudir a las clínicas de la ARS para que le presten el servicio.

Pero como puede observarse, las anteriores posibilidades implican la realización de diversos trámites administrativos y la iniciación de acciones legales que bien podrían prolongarse en el tiempo, en desmedro de la salud y la integridad física del menor Casir Miranda Herrera. Por tal razón, esta Sala estima que en virtud de principios de continuidad en los tratamientos y del principio de solidaridad, quien deberá proporcionarlos será la entidad demandada, con las precisiones que se harán a continuación.

En la sentencia T - 935 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) entre otras, la Corte precisó que si bien es cierto que las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, en la medida en que garantizan su eficiente prestación, “éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea seriamente comprometido”. Por tal razón, en esa decisión esta Corporación concluyó que la suspensión de un servicio de salud, aún cuando ésta tenga origen en una disposición legal “resulta desproporcionada e injusta, y más, como se indicó, cuando estaba involucrada la vida de un menor.¹²”.

La Corte ha indicado en múltiples sentencias, la importancia que tiene el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en la sentencia SU-562/99 precisó:

Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

De igual forma en la sentencia T - 993 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) esta Corporación señaló lo siguiente:

La continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También

por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P. : “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.

Así mismo, es del caso recordar que, en virtud del principio de solidaridad (art. 1 C.N.), el Estado y la Sociedad deben participar en el cuidado de la salud de las personas y garantizar la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud¹³. En la sentencia T - 209 de 1999, esta Corporación señaló sobre el principio de solidaridad, lo siguiente:

“Y no podría ser de otra forma, puesto que en la base de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, el Constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad -ciertamente, también la salud-. “[El principio de solidaridad] tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”¹⁴.

Y se puede decir algo más: en casos de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, habida cuenta de los problemas sociales, económicos o de salud que las afectan - v.g. enfermos mentales-, estos valores fundados en la mutua colaboración entre los miembros de la colectividad, gozan de una dimensión bien concreta, pues se trata de un postulado fundacional de la estructura del Estado Social de Derecho. Se afirma así, que los entes oficiales y los particulares “tiene[n] una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, mas aún cuando [como se ha dicho], el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas”¹⁵.”

Con todo, la Corte también ha señalado que el principio de solidaridad en el ámbito del derecho a la salud, no tiene la potencialidad de obligar irracionalmente a los particulares,

pues en principio esa obligación corresponde al Estado. Por tal razón, la Corte ha indicado, en la sentencia T - 248 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz) que “Si la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación genérica de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, cuando en particular ellas no pueden cumplirla, corresponde a aquél hacerlo. No por otra razón la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que cuando los menores se encuentren por fuera de cualquier plan que permita hacer efectivos sus derechos a la salud y a la seguridad social, “tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”.. De igual forma, en esa decisión la Corte indicó que el principio de solidaridad consagrado en la Carta, no es tan amplio como para imponer a todas las personas, un deber para responder con acciones humanitarias que no tengan límite, ya sea porque arriesgan su propia vida o porque deben cubrir los costos de un tratamiento, sin estar obligados a ello. Dado que ese deber corresponde al Estado, la Corte precisará que los gastos que se generen por las ordenes dictadas en la presente sentencia, podrán ser recobradas al Fosyga, quien dispondrá de un término de seis meses, contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas, para realizar los respectivos reembolsos.

Finalmente, esta Sala no puede pasar por alto que si bien existe una prueba sumaria sobre la necesidad del tratamiento que necesita el menor, ésta no resulta suficiente como para suplantar las valoraciones que debe realizar quienes lo han atendido directamente en los anteriores procedimientos, en este caso, la clínica demandada. Lo anterior, por cuanto es reiterada la jurisprudencia constitucional, que señala la imposibilidad que tiene esta Corporación para valorar los dictámenes y tratamientos médicos que requiera una persona, pues es evidente que ésta función corresponde al galeno que conoce de la afección. Así lo ha señalado esta Corte en la sentencia T - 109 de 2003, en dónde se indicó que “teniendo en cuenta que según los dictados de la jurisprudencia vigente, la indicación y la certeza sobre la oportunidad y la eficacia de los procedimientos en salud, esta determinada por consideraciones médicas, que no le compete definir a los jueces, no puede la Corte sustituir la valoración especializada de un médico y dar la orden en este caso, de que se realice el transplante de médula ósea que se ha diagnosticado”. De igual forma, se precisó en la sentencia T - 179 de 2000 en donde la Corte dijo que “la actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”.

Los anteriores criterios han sido fundamentados por esta Corte, en el hecho de que las valoraciones de tratamientos no son incontrolables, sino que por el contrario, “hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio.” 16

Por tal razón, esta Sala concederá el amparo, precisando que el examen será realizado previa valoración de los médicos de la institución demandada, quienes deberán establecer si el menor Casir Miranda Herrera requiere la cirugía de retiro del material de osteosíntesis que le fue implantado, para mejorar su salud e integridad físicas.

IV. DECISIÓN.

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,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Doce (12) Civil del Circuito de Barranquilla, y en su lugar CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Barranquilla, que amparó los derechos a la salud y a la vida del menor Casir Miranda Herrera.

Segundo. ORDENAR a la organización Clínica General del Norte, que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de ésta sentencia, adopte todas las medidas que sean necesarias para asegurar la realización de la cirugía de retiro de material de osteosíntesis al menor Casir Miranda Herrera, si así lo consideran los médicos tratantes.

Tercero. DECLARAR que le asiste derecho a la organización Clínica General del Norte, a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por esta Sala y en consecuencia, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA).

Cuarto. Para dar cumplimiento a lo señalado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad

y Garantía del Ministerio de Salud dispone de un término de seis (6) meses contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Quinto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Álvaro Tafur.

2 Al respecto pueden consultarse las sentencias T - 533 de 1992, T - 527 de 1992, T - 597 de 1993, T - 005 de 1995, T - 271 de 1995, SU - 111 de 1997, T - 378 de 1997, T - 1006 de 1999, T - 1103 de 2000

3 En relación con la naturaleza de los derechos prestacionales y la condición por la cual pueden hacerse efectivos por vía de tutela, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-597 de 1993, T-467 de 1994, T-207 de 1995, T-162 de 1996, T-270 de 1997 y T-0120 de 1999.

4 T 286/98 y T 640/97

5 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T-491 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-300/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 T - 859 de 2003 y T-860 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T - 538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) T - 660 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y T - 736 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

7 Ver sentencia SU-819 de 1999.

8 Cf. Sentencia T - 859 de 2003.

9 Cf. Sentencia T - 579 de 2004

10 Ibídem, subrayas ajenas al texto.

11 Ídem

12 Respecto a la continuidad en los servicios de salud, pueden consultarse las sentencias T- 624 de 1997 y 1421 de 2000, entre otras.

13 Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias. T - 505 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) T-209 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T - 660 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes)

14 Sentencia T-550 de 1994.

15 Sentencia T-762 de 1998.

16 Cf. Sentencia T - 179 de 2000.