

Sentencia T-993/10

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de prótesis para tratamiento de Enfermedad de Perthes

La Sala encuentra que en el caso concreto se reúnen a plenitud los elementos que llevan a concluir que es procedente la tutela para reclamar la prestación de un servicio médico: (i) el aparato de apoyo isquiático para perthes derecho está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud; (ii) su suministro fue ordenado por el médico tratante adscrito a la EPS Comfenalco Valle; (iii) el artefacto es necesario para conservar el derecho a la salud, entendido este como el derecho a gozar del nivel más alto nivel posible de salud posible; y (iv) la EPS negó verbalmente la prestación del servicio requerido. Como consecuencia, la Sala Novena de Revisión revocará las decisiones del Juez Civil Municipal y del Juez Civil del Circuito, en las cuales se negó la tutela, representado legalmente por su señora madre. En su lugar, le concederá la tutela por violación del derecho a la salud y ordenará a la EPS Comfenalco Valle que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la sentencia autorice y haga entrega efectiva del “aparato de apoyo isquiático perthes derecho” ordenado por el doctor. Dado que se trata de un aparato ortopédico incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la Sala no autorizará el recobro de su valor al FOSYGA. No obstante, en virtud del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la Sala ordenará a la EPS accionada que autorice todos los procedimientos, aparatos, intervenciones y actividades requeridas para el tratamiento de la enfermedad de perthes que padece, advirtiendo que solo podrá gestionar el recobro al FOSYGA de aquellos que se encuentren excluidos del POS, conforme a las reglas vigentes.

Referencia: expediente T-2.803.261

Acción de tutela instaurada por Carolina Marín Mueses como representante de Juan Camilo Bedón Marín, contra Comfenalco Valle EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, DC., tres (3) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira (Valle) y el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (Valle), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Carolina Marín Mueses, en representación de su hijo menor Juan Camilo Bedón Marín, presentó acción de tutela contra Comfenalco Valle EPS, por considerar que esta entidad vulneró los derechos fundamentales del niño a la vida, a la salud y a la integridad física, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1. Juan Camilo Bedón, de 5 años de edad, está afiliado como beneficiario del régimen contributivo de salud a Comfenalco Valle del Cauca EPS.

2. Relata la accionante que el niño sufrió una caída que le ocasionó la enfermedad de Legg Caveth (Perthes). Esta patología afecta la movilidad de su pierna derecha, le genera fuertes dolores y le ha impedido asistir normalmente al colegio.

3. Manifiesta que el médico traumatólogo y ortopedista adscrito a la EPS demandada le ordenó un aparato de apoyo isquiático para perthes derecho.

4. Pese a ello, indica que la EPS negó verbalmente la autorización del aparato ortopédico argumentando que este no se encuentra incluido en el POS.

5. La accionante afirma que es madre cabeza de familia y que no puede costear el aparato prescrito por el profesional de la salud, cuyo valor es de \$480.000 aproximadamente.

2. La demanda de tutela fue admitida el 25 de marzo de 2010 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira (Valle).

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Cédula de ciudadanía de Carolina Marín Mueses.
2. Registro civil de Juan Camilo Bedón Martín, en el que consta que la accionante es la madre del niño.
3. Orden médica emitida el 2 de marzo de 2010 por el doctor Diego Jaramillo, traumatólogo y ortopedista, en la cual ordena a Juan Camilo Bedón, “aparato de apoyo isquiático” para el tratamiento de “Perthes derecho”.
4. Historia clínica del niño Juan Camilo Bedón.
5. Diligencia de ampliación de la demanda, practicada por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira el 5 de abril de 2010. En ella, la accionante manifestó que es viuda, que tiene tres hijos menores de edad, y que trabaja en la fabricación de guantes industriales, actividad por la cual obtiene un salario que le impide cubrir el costo del aparato ordenado por el médico. En cuanto al niño, la accionante sostuvo que por su corta edad es muy difícil lograr que mantenga reposo absoluto y que no haga uso de la pierna que está enferma. Añadió que cada día camina con más dificultad y que su dolor va en aumento.
6. Comunicación enviada el 29 de marzo de 2010 por el doctor Diego Jaramillo, médico tratante del menor, en la cual afirma que este sufre de la enfermedad de Legg Caveth (Perthes), y que ordenó para su tratamiento un “aparato de apoyo isquiático”. Sin embargo, sostiene que “el aparato ordenado no es estrictamente necesario, puede guardar reposo absoluto, o usar muletas. La evolución de la enfermedad es impredecible, su tratamiento puede durar hasta 2 años”¹.

Del fallo de primera instancia.

1. El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira (Valle), en sentencia del 14 de abril de 2010, negó el amparo solicitado por la accionante. Señaló que aunque el aparato prescrito se encuentra excluido del POS, en este caso no se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar su autorización. La falta del servicio médico no vulnera ni amenaza los derechos a la vida y a la integridad física del niño, ya que el médico tratante manifestó al despacho que “el aparato ordenado no era estrictamente

necesario”.

De la impugnación y el fallo de segunda instancia.

1. La accionante impugnó el fallo de instancia argumentando que pese a que el médico tratante afirmó ante el Juzgado que el aparato no era estrictamente necesario para la recuperación del niño, él mismo lo ordenó, y es con base en esa prescripción médica que debe evaluarse la omisión de la actuación de la EPS. Sostuvo que el Juzgado dejó de considerar que el galeno también dijo que la evolución de la enfermedad es impredecible; y señaló que las alternativas médicas al uso del apoyo isquiático son inconvenientes debido a la corta edad del niño.

2. El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira (Valle), confirmó el fallo de primera instancia en sentencia del 9 de junio de 2010. Aunque advirtió que en este caso el derecho a la salud es de carácter fundamental por tratarse de un niño, dijo que según la jurisprudencia de la Corte “la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez”², y como el médico tratante afirmó que el apoyo isquiático no es absolutamente necesario, no puede el juzgado ordenar su entrega.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si la negativa de la EPS accionada de autorizar la entrega del “aparato de apoyo isquiático para Perthes derecho” prescrito por el médico tratante a una persona de cinco años de edad, vulnera su derecho a la salud, teniendo en cuenta que de forma posterior a la expedición de la orden médica el mismo profesional afirmó que su adquisición podía reemplazarse por el uso de muletas o el reposo absoluto.

Para resolver ese problema la Sala, en primer lugar, reiterará la jurisprudencia en torno al contenido del derecho fundamental a la salud. Luego de ello, recordará las subreglas jurisprudenciales en torno al acceso a los servicios requeridos por una persona cuando se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Finalmente, aplicará estos criterios al caso concreto.

1. Contenido y alcance del derecho fundamental a la salud.

La Corte Constitucional señaló desde sus primeras sentencias que la salud es el estado completo de bienestar físico, mental y social de una persona dentro del nivel posible, lo cual excede la mera ausencia de afecciones y enfermedades³. Como resultado de la evolución de su jurisprudencia, ha reconocido también que la salud es un derecho fundamental de manera autónoma, porque es indispensable para lograr la dignidad humana, y porque es susceptible de ser traducido en garantías subjetivas derivadas de las normas que rigen el derecho a la salud, las cuales se encuentran en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad, en las leyes, y en todas las normas que regulan el Sistema Nacional de Salud en Colombia⁴.

Esta conceptualización ha sido complementada con las directrices de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporadas al ordenamiento interno en virtud del bloque de constitucionalidad. Para el Comité, la salud es el derecho fundamental de todo ser humano “al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y, por ello, aunque el Estado no está obligado a que todos sus asociados gocen de buena salud, sí tiene el deber de garantizar toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias, teniendo en cuenta las condiciones biológicas y socioeconómicas de las personas.

Atendiendo a lo anterior, la sentencia T-760 de 2008 que sistematizó la jurisprudencia en materia de salud, enfatiza que:

“La salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que ‘se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida’, ‘sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”⁵.

De este modo, todas las personas, sin importar su condición, su edad o su género, son titulares del derecho a gozar del más alto nivel de salud, de modo que no solo su vida biológica sea viable, sino que esta se desarrolle en condiciones de dignidad, y con los medios indispensables para realizar los proyectos de vida propios.

1. Acceso a los servicios requeridos que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

La Corte ha sostenido que el acceso a un servicio que esté contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (POS) constituye una prestación claramente exigible ante las autoridades, cuya negación desconoce el derecho fundamental a la salud⁶. Dado que la regulación de este servicio público de salud, establece la creación de un plan obligatorio y faculta al legislador para excluir de manera expresa algunos procedimientos, suministros y medicamentos, la primera obligación del Estado consiste en proporcionar de manera oportuna, eficaz y con calidad el núcleo de servicios que se supone garantizan los mínimos de bienestar físico y mental de la población colombiana.

En tal sentido, la sentencia T-760 de 2008 afirma que una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando:

“(i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),⁷ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,⁸ (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad,⁹ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁰”

Para los fines del caso sub examine, es imperativo resaltar dos aspectos puntuales de la anterior enunciación de requisitos: qué debe entenderse por servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (requisito (i)), y cuándo puede concluirse que la fórmula expedida por el médico tratante es una ordena que involucra la vida y la salud del paciente (requisitos (ii) y (iii)).

En cuanto a lo primero (i), el artículo 162 de la ley 100 de 1993 contempla que el Plan Obligatorio de Salud está determinado por el conjunto de acciones que permiten “la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”. Para el caso del régimen contributivo, este incluye como componentes especiales las prestaciones económicas por incapacidad derivadas de la enfermedad general o la licencia de maternidad¹¹.

El Plan Obligatorio vigente está conformado básicamente por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, actualizada mediante el Acuerdo 008 de 2009, en los cuales se establecen las actividades, intervenciones y procedimientos cubiertos por el POS, así como las limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas. Conforme a ello, el primer criterio para determinar si le es exigible a una EPS la prestación de un servicio es que este se encuentre expresamente incluido dentro de dichas normas.

Pero existen eventos sobre los cuales no existe una mención expresa en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del POS. Respecto de ellos, parecería ser aplicable el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 y el artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009 “por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado”, que establecen que están excluidos los “elementos, medicamentos, y en general servicios de salud no incluidos expresamente en el presente acuerdo”.

Debe considerarse, sin embargo, que la Corte ha indicado que las anteriores disposiciones deben ser leídas en armonía con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que consagra el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental. Conforme a este, “las inclusiones del P.O.S., deben ser interpretadas con base en un criterio finalista, es decir, que los tratamientos e intervenciones que estén contemplados en el mismo, deben contribuir de manera efectiva al tratamiento y recuperación de la enfermedad”¹². Además, ha indicado que debe acudirse a dos criterios hermeneúticos para identificar la pertenencia de un servicio de salud al POS: el principio según el cual las exclusiones deben ser interpretadas de forma restrictiva¹³; y el

principio del efecto útil, según el cual el intérprete debe procurar la consecuencia práctica de la consagración de las palabras y términos plasmadas en la ley¹⁴.

Como resultado, la Corte ha considerado que se encuentran incluidos en el POS todos aquellos implementos y servicios de salud necesarios para llevar a cabo un procedimiento, tratamiento o actividad señalados expresamente en las normas que regulan el Plan Obligatorio¹⁵. Igualmente, aquellos servicios médicos comprendidos dentro del género mencionado expresamente dentro del texto de las normas que regulan el Plan Obligatorio, cuando no exista una norma especial que consagre especificaciones de manera taxativa¹⁶. Por último, están contenidos en el POS los tratamientos, procedimientos y actividades cuyos pares son mencionados en listados que tienen un sentido meramente enunciativo¹⁷.

Por su parte, ha dicho la Corte que se requiere un servicio médico cuando este ha sido “ordenado” por el médico tratante¹⁸ (ii). Ello significa que cuando el médico ha expedido una prescripción por escrito, y la entrega al usuario del sistema para que tramite ante la EPS su obtención, debe entenderse que lo recetado es necesario para la vida, la salud y la integridad física del paciente pues, aplicando el criterio del artículo 12 del PIDESC, carecería de sentido que le sean ordenados tratamientos que no conduzcan a la mejoría de enfermedad, y al disfrute del estado más alto posible de salud. Por tanto, si el medicamento, tratamiento, suministro o actividad contenido en la orden médica es negado sin que se respeten las normas constitucionales y legales correspondientes, debe entenderse que se vulnera el derecho a la salud. Este es el sentido de la regla reiterada por la Corte, según la cual el juez constitucional no puede entender que se “requiere” un servicio cuando el médico solo lo ha sugerido o recomendado¹⁹.

1. El caso concreto

La accionante, madre de Juan Camilo Marín Mueses, solicitó mediante acción de tutela que se ordenara a la EPS Comfenalco Valle la autorización del “aparato de apoyo isquiático para perthes derecho”, prescrito por el doctor Diego Jaramillo, luego de que la entidad negara verbalmente su entrega alegando que está excluido del POS. Los jueces de primera y segunda instancia no concedieron el amparo porque consideraron que efectivamente el aparato está fuera de la cobertura del Plan Obligatorio, pero su carencia no pone en peligro

la vida y la integridad del niño. Esta afirmación fue sustentada en la manifestación que hizo el mismo médico ante la jurisdicción constitucional, en el sentido de indicar que “el aparato ordenado no es estrictamente necesario, puede guardar reposo absoluto, o usar muletas”.

Antes de empezar, la Sala considera pertinente indicar que asiste razón a los jueces de instancia en cuanto señalaron que Carolina Marín Mueses estaba legitimada en la causa para instaurar la acción de tutela. En efecto, ella demostró mediante registro civil de nacimiento que actúa como representante legal de Juan Camilo Bedón Marín, quien tiene cinco años de edad. Se observa así lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 según el cual “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”. No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de las consideraciones hechas por los mismos jueces en torno al fondo del asunto, frente a las cuales la Sala presenta discrepancias.

Primero, los jueces de instancia concluyeron que el “aparato de apoyo isquiático” requerido por el niño no se encontraba cobijado por el POS, ya que en ninguna de las normas que regulan la cobertura aparece un soporte ortopédico con un nombre idéntico. Contrario a ello, esta Sala estima que existen suficientes razones para concluir que el aparato de apoyo isquiático sí se encuentra contemplado en dicho Plan. El artículo 15 del Acuerdo 008 de 2009, que aclara y actualiza la Resolución 5261 de 1994 -Manual de Actividades e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud-, establece lo siguiente:

“Utilización de prótesis, ortesis, aparatos y aditamentos ortopédicos o para alguna función biológica. Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamos en los casos en que aplique, con el compromiso de devolverlos en buen estado, salvo el deterioro normal, en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.

Parágrafo. Se suministran prótesis, ortesis aparatos y aditamentos ortopédicos, material de osteosíntesis, marcapasos, prótesis valvulares y articulares, fundamentalmente para el cumplimiento de alguna función biológica, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán muletas, caminadores, bastones y otras estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias

con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados”²⁰.

De la lectura atenta del párrafo del artículo en comento, aparte que se refiere específicamente a los aparatos ortopédicos y prótesis incluidos en el POS, se deduce que el criterio para determinar la cobertura del POS en materia de prótesis, ortesis, aparatos, aditamentos ortopédicos, y material de osteosíntesis, no está relacionado con una lista restringida de aparatos, sino que está vinculado a la función biológica que estos cumplen para quien los solicita. Por esta razón, tal como lo advirtió la sentencia T-860 de 2003, debe entenderse que “las prótesis, órtesis y aparatos que tengan como función mejorar o complementar la capacidad física del paciente están expresamente incluidas en el POS” (subrayado dentro del texto).

Para la Sala, es claro que el aparato de apoyo isquiático tiene como función mejorar el aspecto motor, ya que el médico tratante indicó que las opciones alternativas al suministro ordenado son el reposo absoluto o el uso de muletas. Ello sugiere que el niño no puede caminar si no tiene un aparato que sostenga el caminar –bien sea el de apoyo isquiático o las muletas-. De este modo, el aditamento ordenado en este caso por el médico cumple una función biológica relacionada con la marcha y, por lo tanto, se encuentra incluido en el POS.

Igualmente, en la siguiente parte del párrafo del artículo 15 del Acuerdo 008 que restringe la lista de aparatos ortopédicos incluidos en el POS, se excluye, a través de una lista taxativa, la cobertura de zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias de presión o descanso, corsés y fajas. Al mismo tiempo, se enlista en la categoría de aparatos ortopédicos incluidos en el POS, las muletas, caminadores, bastones “y otras estructuras de soporte para caminar”. Esta cláusula abierta indica que el sentido de la norma no es el de limitar el alcance del beneficio a las muletas, caminadores y bastones, sino por el contrario, ampliarlo a todos aquellos aparatos que sirvan de apoyo a la función motora del paciente, sea cual sea su denominación técnica específica.

Según los cirujanos pediátricos González Ferré et.al, el aparato de apoyo isquiático empleado para el tratamiento ambulatorio de la enfermedad de perthes unilateral en los niños “permite la marcha perfectamente e incluso los juegos habituales en el niño”²¹. Entonces puede

concluirse que su estructura es un soporte para el que el niño que padece de la enfermedad señalada pueda caminar. En ese sentido, el aparato de apoyo isquiático se encuentra dentro de la cláusula abierta del párrafo del artículo 15 del Acuerdo 008 de 2009 y, por ende, constituye un suministro incluido en el POS.

Segundo, los jueces de instancia afirmaron que el aparato de apoyo isquiático no es un suministro que “requiera” Juan Camilo Bedón, pues su ausencia no afecta la salud y la vida del niño. Se basan para ello en el hecho de que el médico tratante manifestó ante los juzgados que lo ordenado no era estrictamente necesario. A juicio de la Sala, una conclusión de este orden desconoce el carácter vinculante de la orden médica expedida por el profesional de la salud que conoció el caso bajo examen, y constituye un incomprensión de la noción de salud adoptada por la Corte Constitucional, en aplicación de la Observación General No. 14 del Comité del PIDESC.

A partir de las pruebas que obran en el expediente, las cuales no fueron de objeto de debate por parte de la EPS accionada, se observa con claridad que el 2 de marzo de 2010, el doctor Diego Jaramillo expidió una fórmula médica para Juan Camilo Bedón en la que solicita “aparato de apoyo isquiático perthes derecho”. El contenido de esta orden fue confirmado por él mismo en su comunicación al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira, cuando afirmó: “el 2 de marzo trajeron a mi consultorio los RX ordenados con idéntico diagnóstico [enfermedad de LEGG CAVETH (PERTHES)], se ordenó para su tratamiento un aparato de apoyo isquiático”²². Así las cosas, está plenamente probado que el médico tratante expidió por escrito una orden médica en el sentido manifestado por la accionante, y esta constatación lleva a la Sala a considerar que el niño efectivamente requiere el aparato.

No estima esta Sala que la necesidad del suministro desaparezca por el hecho de que el médico tratante señale posteriormente que el aparato ordenado “no es estrictamente necesario”. En este caso, en la misma comunicación el profesional ratificó que el niño padece de la enfermedad de perthes y que el tratamiento que él considera adecuado para ello incluye el uso de un aparato de apoyo isquiático. A ello añadió que “la evolución de la enfermedad es impredecible y que su tratamiento puede durar hasta dos años”²³. Por tanto, no es dable afirmar que el médico hubiera emitido una especie de retractación. Para la Sala, lo que hizo el doctor fue informar que, en caso de que no fuera posible entregarle al niño el aparato ortopédico, existen dos opciones adicionales para el tratamiento de su enfermedad:

el reposo absoluto o el uso de muletas. No obstante, dado que ninguna de ellas fue escogida por el médico y plasmada en la prescripción entregada a la madre del niño, entiende esta Sala que su criterio científico está dirigido a señalar que es el apoyo isquiático, y no sus alternativa, el que debe ser entregado por la EPS.

Tampoco puede derivarse de la afirmación del médico tratante que la ausencia del aparato ortopédico no vulnera el derecho a la salud, la vida y la integridad física del niño. Como lo estableció la Sala en los acápites anteriores, la noción de servicios de salud exigibles mediante acción de tutela no se restringe a aquellos destinados a la preservación de la vida biológica sino que se extiende, como la noción de salud misma, a los que se requieren para tener una vida digna con el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. De este modo, incluso si hubiera certeza respecto al hecho de que las funciones vitales no se ven afectadas por la enfermedad de perthes, lo cierto es que ella sí afecta la posibilidad del niño para desplazarse por sí mismo, y restringe el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud. Por tanto, la omisión de la EPS accionada constituye una vulneración de su derecho a la salud.

Por último, ya que la manifestación hecha por Camila Marín Mueses, madre de Juan Camilo Bedón, según la cual la EPS negó verbalmente la autorización del aparato por no estar incluido en el POS no fue controvertida por la empresa accionada pese a la solicitud que hicieron los juzgados de tutela en ambas instancias, y teniendo en cuenta que el artículo 177 del C.P.C establece que la negación indefinida no requiere prueba, esta corporación dará por cierto este hecho.

Así las cosas, la Sala encuentra que en el caso concreto se reúnen a plenitud los elementos que llevan a concluir que es procedente la tutela para reclamar la prestación de un servicio médico: (i) el aparato de apoyo isquiático para perthes derecho está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud; (ii) su suministro fue ordenado por el doctor Diego Jaramillo, médico tratante adscrito a la EPS Comfenalco Valle; (iii) el artefacto es necesario para conservar el derecho a la salud de Juan Camilo Bedón, entendido este como el derecho a gozar del nivel más alto nivel posible de salud posible; y (iv) la EPS negó verbalmente la prestación del servicio requerido.

Como consecuencia, la Sala Novena de Revisión revocará las decisiones del Juez Séptimo

Civil Municipal de Palmira (Valle) y del Juez Quinto Civil del Circuito, también de Palmira, en las cuales se negó la tutela a Juan Camilo Bedón Marín, representado legalmente por su señora madre, Camila Marín Mueses. En su lugar, le concederá la tutela por violación del derecho a la salud y ordenará a la EPS Comfenalco Valle que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la sentencia autorice y haga entrega efectiva del “aparato de apoyo isquiático perthes derecho” ordenado por el doctor Diego Jaramillo para Juan Camilo Bedón Marín. Dado que se trata de un aparato ortopédico incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la Sala no autorizará el recobro de su valor al FOSYGA. No obstante, en virtud del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud, la Sala ordenará a la EPS accionada que autorice todos los procedimientos, aparatos, intervenciones y actividades requeridas para el tratamiento de la enfermedad de perthes que padece Juan Camilo Marín, advirtiendo que solo podrá gestionar el recobro al FOSYGA de aquellos que se encuentren excluidos del POS, conforme a las reglas vigentes.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2010 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Palmira, y la providencia del 14 de abril de 2010 del Juez Séptimo Civil del Circuito de Palmira, en cuanto negaron la tutela instaurada por Camila Marín Meneses como representante legal de su hijo menor de edad. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho a la salud de Juan Camilo Bedón Marín.

Segundo. ORDENAR a Comfenalco Valle EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, autorice y haga entrega del “aparato de apoyo isquiático perthes derecho” ordenado por el médico tratante a Juan Camilo Bedón Marín, por estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero. ORDENAR a Comfenalco Valle EPS que autorice todos los servicios de salud que requiera Juan Camilo Bedón Marín para el tratamiento integral de la enfermedad de perthes, estén o no incluidos en el POS. En caso de que alguno de las intervenciones, procedimientos o actividades se encuentren expresamente excluidos del POS, se aplicará el siguiente numeral.

Cuarto. RECONOCER que Comfenalco Valle EPS 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 en ejecución del numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia.

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

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Folio 25 Cuaderno 1.

2 Folio 13 Cuaderno 2.

3 Cfr., T-760/08, T-379/03, T-248/98 y T-597/93.

4 Cfr., T-760/08 y T-859/03.

5 T-760/08.

7 Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)".

8 El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

9 Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

10 En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)” que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

11 Cfr. T-730/06.

12 T-859/03.

13 Cfr., T-750/04 y T-859/03.

14 Cfr., T-730/06.

15 Cfr., T-760/08, T-684/08, T-070/08, T-136/04, T-133/01, T-942/02 y T-179/00.

16 En la sentencia T-860/03, la Corte sostuvo que las prótesis de miembros inferiores requeridas para caminar hacen parte del POS. A esta conclusión llegó mediante la lectura de la norma de la Res. 5261 de 1994 que establece: “Artículo 12.- UTILIZACIÓN DE PRÓTESIS, ORTESIS, APARATOS Y ADITAMENTOS ORTOPÉDICOS O PARA ALGUNA FUNCIÓN BIOLÓGICA: Se definen como elementos de este tipo, aquellos cuya finalidad sea la de mejorar o complementar la capacidad fisiológica o física del paciente. Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren expresamente autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamo con el compromiso de devolverlos en buen estado salvo el deterioro normal; en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.” PARAGRAFO: Se suministran prótesis, órtesis y otros: marcapasos, prótesis valvulares y articulares y material de osteosíntesis, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán: muletas y estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados.” Según la Corte, la alusión que hace la norma sobre los elementos cuya finalidad sea mejorar o aumentar la capacidad biológica, implica que todos los “aparatos” no mencionados específicamente, pero que tengan el cargo de apoyar de manera efectiva a la rehabilitación de la enfermedad, o de la discapacidad porque reemplazan un miembro cercenado, hace de ellos “una prestación obligatoria en el sistema de salud colombiano”. Al respecto, ver también las sentencias T-1068/08, T-1057/07, T-415/07, T-261/07, T-329/06, T-007/04, T-859/03, T-852/03 y T-1080/01.

17 En la sentencia T-730/06 concluyó la Corte que el trasplante de intestino hace parte del POS. En esa ocasión, la Corte concluyó que el sentido del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 literal i, que establece que “Trasplante de órganos. No se excluyen aquellos como el trasplante renal, de médula ósea, de córnea y el de corazón, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías

Integrales de Atención”, “no fue limitar el alcance del beneficio a los cuatro procedimientos descritos, sino por el contrario – garantizando la aplicación del principio de progresividad -, ampliarlo a aquellos trasplantes que reúnan estrictamente las características estructurales y comunes que existen entre los cuatro eventos quirúrgicos indicados en la norma en cuestión”. Ver también las sentencias T-1037/04, T-1131/04 y T-221/04.

18 Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-760/08, T-1028/07, T-762/07, T-130/07, T-362/06 y T-277/03.

19 Cfr., T-760/08, T-1028/07, T-941/07, T-1053/06, T-277/03

20 Ver también el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994.

21 González Ferré, J; Gassul Rius, J; y Moíño Munitiz, J. “Tratamiento ambulatorio de la enfermedad de perthes”. En: Revista Española de Cirugía Osteoarticular. Consultado en http://www.cirugia-ostearticular.org/adaptingsystem/intercambio/revistas/articulos/2150_79-84_ocr.pdf.

22 Folio 25 Cuaderno 1.

23 Ibídem.