

T-321-13

Sentencia T-321/13

ACCION DE TUTELA-Derecho para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales por acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto la accionante no acudió directamente a la EPSS a solicitar el cumplimiento de órdenes médicas para la atención a menor

Referencia: expedientes T- 3.776.127

Acción de tutela presentada por Brigitte Lizeth Vargas Correa en representación de su hija María José Vargas Correa, menor de edad, contra Comfama EPS-S.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en única instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 21 de noviembre de 2012 Brigitte Lizeth Vargas Correa presentó acción de tutela en representación de su hija María José Vargas Correa, menor de edad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, integridad física, salud y

seguridad social, por parte de Comfama EPS-S.

Señala la accionante que a su menor hija le fue diagnosticado “síndrome de DiGeorge” que le “produce estenosis pulmonar, y el pulmón derecho atelektásico, además le falta la glándula timo, razón por la cual debe estar hospitalizada con frecuencia. Tiene un gran retraso motriz, para el habla, aún no camina, gran dificultad respiratoria, tuvo trastorno de deglución (...)”.

Afirma que debe cuidarla todo el tiempo, que el papá de la niña “no se sabe donde está”; que viven de los ingresos de su mamá que trabaja en casas de familia y que están afiliadas al sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado, al ser calificadas como nivel 2 en la encuesta Sisben.

Indica que en septiembre de 2011 la menor salió de la hospitalización y que le autorizaron la prestación de servicios de “oftalmología pediátrica; neumología pediátrica con medicina física; cardiología pediátrica; gastroenterología pediátrica, órdenes que no han podido concretarse a la fecha”.

2. Solicitud de tutela

Conforme con lo expuesto, solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, integridad física, salud y seguridad social de la menor María José Vargas Correa y, en consecuencia, que se le garantice el tratamiento integral que requiera la menor derivado del diagnóstico señalado; que se le autorice las atenciones en salud pendientes desde septiembre de 2011 y que se le exonere de copagos, cuotas moderadoras y de recuperación.

3. Intervención de la entidad accionada

El 22 de noviembre de 2012, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, asumió el conocimiento de esta acción de tutela y requirió a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y a Comfama EPS-S para que se manifestaran acerca de los hechos que inspiraron esta demanda constitucional.

3.1 La representante de Comfama EPS-S solicitó declarar improcedente la acción de tutela por hecho superado, por cuanto la entidad ha estado dispuesta a autorizar los servicios

requeridos por la actora. Subsidiariamente solicitó que en caso de que se decida tutelar, “se imponga lo excluido del Pos, a la SSS y PSA; se posibilite a COMFAMA el recobro ante el FOSYGA por lo NO POS-S, en un 100%; se exonere a la afectada del pago de cuota de recuperación por lo NO POS-S y dispensar fotocopia auténtica del fallo con constancia de ejecutoria”.

Argumentó que a pesar de que los servicios solicitados se encuentran dentro del plan de beneficios del POS, los mismos no se pueden autorizar debido a que son obsoletos, pues tienen más de un año y en el transcurso del tiempo la condición clínica de la usuaria pudo haber cambiado y ahora requerir otros servicios.

Señaló que, de ordenar el tratamiento integral, éste se circunscriba a la patología “reflujo gastroesofágico, síndrome de Di George y displasia broncopulmonar” que causó esta acción de tutela.

3.2 La Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, solicitó sea exonerada de responsabilidad, al no ser de su competencia la prestación de los servicios solicitados por la accionante.

Indicó que la EPS- Subsidiada es la encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud y el suministro de medicamentos incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud Unificado (POS y NO POS) a las personas aseguradas en el régimen subsidiado.

4. Pruebas aportadas al proceso

a. Copia del Registro Civil de Nacimiento de María José Vargas Correa, obrando como fecha de nacimiento el 3 de abril de 2011 (fl. 9 cdno. 1ª instancia).

b. Copia de la solicitud de autorización de servicios de salud de fecha 2011-09-12 proveniente de Andrés Cifuentes Lopera médico pediatra en la que consta: “enfermedad del reflujo gastroesofagico sin esofagitis. Síndrome de Di George” y en la que se solicita “potenciales evocados auditivos; imitancia acústica impedanciometría; consulta con gastroenterología pediátrica; consulta con gastroenterología pediátrica (sic); consulta con inmunología pediátrica; consulta con genética; bolsas alimentación para gastrostomía nutriflo” (fl. 10 cdno. 1ª instancia).

c. Copia de la solicitud de autorización de servicios de salud de fecha 2011-09-12 proveniente de Francisco Luis Ochoa médico Neocare en la que consta: “enfermedad del reflujo gastroesofagico sin esofagitis. Síndrome de Di George. Displasia broncopulmonar originada en el período perinatal” y en la que se solicita “consulta con oftalmología pediátrica; consulta con neumología pediátrica; consulta con medicina física; consulta con cardiología pediátrica” (fl. 11 cdno. 1ª instancia).

d. Copia de la solicitud de orden de servicios de fecha 2012-11-20 en la que el médico pediatra José Consuegra ordena respecto de la menor María José Vargas Correa, que requiere “valoración por inmunología, alergólogo, genetista y pediatra” (fl. 16 cdno. 1ª instancia).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 4 de diciembre de 2012, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, resolvió declarar improcedente la acción de tutela. Consideró que la accionante omitió entregar a la entidad accionada las órdenes vigentes prescritas por el médico tratante, a fin de acceder a la autorización del servicio, por lo que la EPS-S Comfama ni por acción ni por omisión ha conculcado los derechos constitucionales alegados por la demandante. Agregó que la accionante puede acudir a dicho ente y hacer entrega de la orden impartida por el especialista, a fin de que sea autorizada.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto del quince (15) de febrero dos mil trece (2013), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

2.1 Previo requerimiento telefónico por parte del despacho del Magistrado Sustanciador, el 6 de mayo de 2013 el representante de Alianza Medellín Antioquia EPS SAS -entidad a la que fueron trasladados todos los usuarios afiliados a Comfama EPS-S- informó que se han autorizado a la menor María José Vargas Correa los servicios de: internación en servicio de complejidad mediana; consulta ambulatoria de medicina especializada de oftalmología; consulta ambulatoria de medicina especializada de neumología pediátrica; consulta ambulatoria de medicina especializada de medicina física y rehabilitación; consulta ambulatoria de medicina especializada en alergología; consulta ambulatoria de medicina especializada de genética humana; consulta ambulatoria de medicina especializada en pediatría; consulta ambulatoria de medicina especializada de inmunología; terapia de lengua sesión; terapia ocupacional sesión; terapia física sesión; consulta ambulatoria de medicina especializada de gastroenterología; impedanciometría y potenciales evocados.

Agregó que al declararse improcedente la acción de tutela, se ha generado el cobro de copagos para la prestación de servicios y que es deber del afiliado cotizante y beneficiario cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes. Sin embargo, “dado que ningún copago se puede convertir en barrera de acceso a los servicios de salud, la usuaria podrá acercarse a las oficinas de la entidad y acordar que porcentaje del copago generado puede cancelar”.

Seguidamente adjuntó un cuadro, a consideración de la Sala, poco legible en el que se observa:

Servicio autorizado

Fecha Solicitud

Fecha Autorización

Copago

Otorrinonaringología

6 -05-2013

6-05-2013

4.500

Otorrinonaringología

3-05-2013

3-05-2013

700

Gastroenterología

3-05-2013

3-05-2013

3.400

Medicina Física y Rehabilitación

6-02-2013

7-02-2013

0

Medicina Física y Rehabilitación

6-02-2013

7-02-2013

0

Medicina Física y Rehabilitación

6-02-2013

7-02-2013

0

Otra especialidad no clasificada

4-12-2012

3.000

Pediatría

4-12-2012

28-12-2012

3.800

Genética Humana

4-12-2012

28-12-2012

3.000

Otra especialidad no especificada

4-12-2012

28-12-2012

0

Cardiología pediátrica

28-11-2012

5-12-2012

0

Medicina física y rehabilitación

28-11-2012

5-12-2012

0

Neumología pediátrica

28-11-2012

5-12-2012

3.000

Oftalmología

28-11-2012

12-11-2012

5-12-2012

12-11-2012

2.700

Atención farmacéutica

6-05-2013

6-05-2013

0

2.2 Mediante comunicación telefónica del 29 de mayo de 2013 el despacho del magistrado sustanciador indagó a la accionante, Brigitte Lizeth Vargas Correa, respecto de los hechos señalados en la demanda de tutela. Lo siguiente son las preguntas formuladas y sus

respectivas respuestas:

1. La EPS-S Comfama ha autorizado y prestado los servicios de salud que requiere su menor hija María José Vargas Correa respecto del diagnóstico que dio origen a la presentación de esta acción de tutela?. Respuesta: Si, Comfama ha autorizado los servicios que ha requerido la niña.

2. Ha asistido a las citas autorizadas para la atención por especialistas de su menor hija María José Vargas Correa? Respuesta: Si.

3. Considera que las pretensiones formuladas en la acción de tutelan sido satisfechas por la EPS-S Comfama?. Respuesta: Si.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución

Pasa esta Sala en primer lugar a determinar si la EPS-S accionada ejecutó alguna conducta, ya sea por acción u omisión, vulneratoria de los derechos fundamentales alegados por la accionante respecto de la menor María José Vargas Correa, como un presupuesto necesario para la procedencia de la acción de tutela. De constatarse lo anterior, se analizará si con la misma, la EPS-S accionada vulneró el derecho a la vida digna, salud y seguridad social de María José Vargas Correa hija menor de edad de Brigitte Lizeth Vargas Correa.

Así, conforme con el problema jurídico inicialmente planteado, debe esta Sala pronunciarse acerca de los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela.

i) Requisitos para la procedencia de la acción de tutela

1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

De este modo, la Constitución Política de 1991 creó la acción de tutela con el objetivo de proteger derechos fundamentales cuando los mismos resultaren amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una orden para que, aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

De lo anterior se desprende que es necesario para efectos de proteger un derecho y ordenar a una autoridad o a un particular actuar o abstenerse de hacerlo que, previamente exista un derecho fundamental atribuido a quien solicita el amparo y, además, que la entidad demandada, teniendo la obligación de satisfacer el derecho, actúe o se abstenga de hacerlo generando una vulneración o amenaza al mismo.

Lo expuesto es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, pues a) si no existe un derecho atribuido al accionante, la entidad accionada no podría atentar contra el mismo; o b) constatándose un derecho en cabeza del demandante, si la entidad accionada no ha efectuado ninguna conducta -acción u omisión- que trasgreda el derecho, no habría así un acto de reproche que obligara al juez ordenar una protección.

En todo caso, no sobra señalar que una vez se verifica la existencia de estos dos presupuestos (atribución de un derecho fundamental al accionante y conducta vulneratoria del mismo por parte del accionado), es deber del juez constitucional analizar si dicha actuación constituyó un atentado contra el referido derecho fundamental, para de este modo sustentar su orden o no de amparo.

2. Así, es necesario para la procedencia de la acción de tutela verificar la existencia de una acción u omisión de las autoridades o de un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental, esto es, se debe constatar que la referida trasgresión es cierta, no hipotética, ni eventual o presunta.

Bajo esta premisa esta Corporación[1] ha definido que la acción u omisión que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico jurídico y que la misma no es procedente bajo una mera suposición; pues no se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, ya que con ello se violaría el debido proceso de los sujetos pasivos de la acción; la garantía de un orden justo y el principio de seguridad jurídica.

3. Con base en lo expuesto, se considera, al igual que lo sustentó el juez de primera instancia, que la acción de tutela presentada por Brigitte Lizeth Vargas Correa en representación de su hija María José Vargas Correa contra Comfama EPS-S es improcedente, por cuanto la entidad accionada no ha ejecutado ninguna conducta por acción u omisión, que pudiera haber vulnerado o amenazado los derechos fundamentales alegados.

3.1 Así, de las pruebas obrantes en el expediente se advierte que si bien existían ordenes para la prestación de los servicios médicos a favor de la menor que datan del año 2011; la accionante no se acercó a la EPS-S accionada a solicitar su cumplimiento, si no que acudió directamente a la acción de tutela. Este hecho de no requerir la satisfacción de su pretensión a la entidad hoy demandada, impidió la constitución de un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, consistente en la configuración de una conducta activa u omisiva atentatoria de derechos fundamentales por parte de la entidad demandada.

En este contexto es importante resaltar que, ante la gravedad de la situación descrita en la demanda de tutela, esta Sala constató con la EPS-S accionada y con la accionante que

una vez ésta se acercó a la entidad -con posterioridad a la presentación de la acción de tutela-, se le han prestado los servicios que han sido requeridos para el tratamiento del diagnóstico que presenta la menor María José Vargas Correa.

3.2 En lo que atañe con la solicitud de exoneración de copagos, verifica esta Sala que la accionante no ha presentado dicha petición ante la entidad demandada, esto es, que no se ha configurado una conducta activa u omisiva atentatoria de derechos fundamentales por parte de la entidad demandada. Hacer caso omiso a dicho requerimiento, no sólo implicaría atentar contra el derecho al debido proceso y a la defensa de la entidad demandada, sino que desnaturalizaría la finalidad misma de la acción de tutela, que busca precisamente hacer cesar la conducta que afecta los derechos fundamentales.

En todo caso, resalta la Sala que i) la EPS-S accionada afirma estar dispuesta a acordar el porcentaje de copago; ii) que el cobro de dichos copagos respecto de los servicios autorizados no han constituido un obstáculo para el acceso al derecho a la salud, por cuanto los mismo han sido efectivamente suministrados, y además iii) la accionante afirmó estar satisfecha con los servicios prestados por la EPS.

4. Conforme con lo expuesto, esta Sala confirmará la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2012 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Brigitte Lizeth Vargas Correa en representación de su hija María José Vargas Correa contra Comfama EPS-S.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Confirmar, por las razones expuestas, la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2012 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín que resolvió declarar improcedente la acción de tutela presentada por Brigitte Lizeth Vargas Correa en representación de su hija María José Vargas Correa contra Comfama EPS-S.

Segundo.- Dar por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] T-883-08; T- 013-07; SU-975-03; T- 066-02, entre otras.