

Sentencia T-674-09

DERECHO A LA SALUD-Comprende el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Naturaleza administrativa

COMITE TECNICO CIENTIFICO Y MEDICO TRATANTE-En conflictos sobre medicamentos prevalecen los que ha ordenado el médico

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización de cirugía de hernioplastia inguinal

Referencia: expediente T-2319136.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Sesenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Miguel Camilo Piraguata Pedraza contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 14 de abril de 2009, el señor Miguel Camilo Piragauta Pedraza instauró acción de tutela contra la EPS Coomeva, por considerar que ésta con sus actuaciones vulnera sus derechos a la salud en conexidad con la vida y la dignidad humana, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. El actor manifiesta que el día 3 de marzo de 2009, la EPS Coomeva expidió una orden de servicio para que se le practicara en la Fundación Santa Fe de Bogotá, la cirugía denominada hernioplastia inguinal directa con malla.

1.2. Explica que el médico tratante de la Fundación Santa Fe de Bogotá confirmó que el actor padecía de una hernia inguinoescrotal izquierda que limita sus actividades diarias, y solicitó autorización para que al paciente le fuese practicada una hernioplastia inguinal izquierda por vía de laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm, conocida también como herniorrafía inguinal por laparoscopia. El galeno justificó el cambio de cirugía tradicional a una más especializada, con argumentos científicos, entre ellos, que es un método invasivo recomendado porque presenta una disminución de infección en el sitio operado, menor dolor post-operatorio, menor estancia hospitalaria y disminución de complicaciones, lo cual conlleva a que el tiempo de incapacidad y de recuperación del paciente menguen.

1.3. El peticionario indica que, previo estudio efectuado por el comité técnico-científico de la EPS demandada, el 13 de marzo de 2009, esa entidad le negó la autorización para la práctica de la herniorrafía por laparoscopia, esbozando que se trata de una cirugía especializada excluida del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.

1.4. Señala el actor que el procedimiento inicialmente autorizado por la EPS Coomeva es el tradicional, que consiste en una técnica quirúrgica abierta con complicaciones de hematomas, con edemas, equimosis, sangrados, mayor dolor, incremento del tiempo quirúrgico y aumento de la estancia hospitalaria que va de 1 a 13 días, sumado a que se duplica el riesgo de infecciones y el uso de analgésicos, al igual que torna más grande la herida quirúrgica. Insiste en que la cirugía especializada que ordenó el médico tratante permite una recuperación más rápida y un tiempo de convalecencia menor porque evita el desgarre de tejidos, la incisión es pequeña y tiene un alto proceso de

cicatrización, además de brindar una mejor apariencia cosmética.

1.5. El accionante arguye que al negársele la autorización de la cirugía de hernioplastia inginal izquierda por vía de laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm se pone en riesgo su salud, por lo cual considera necesario que prime el concepto del médico tratante conocedor del diagnóstico, incluso por encima del concepto técnico-científico que emitió la EPS accionada.

1.6. Finalmente, expone que no cuenta con recursos económicos para pagar en forma particular, los costos que genere el procedimiento especializado que le ordenó el médico tratante.

1.7. En virtud de lo anterior, el accionante promovió acción de tutela con el propósito que se ordene a la entidad demandada “autorice de manera inmediata en mi favor, la realización del procedimiento ordenado por el especialista tratante de la Fundación Santa Fe de Bogotá, que consiste en una

hernioplastia inginal izquierda por vía de laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm, de acuerdo con la prescripción médica contenida en la solicitud calendada el 3 de marzo de 2009, suministrando de manera permanente y hasta que las circunstancias así lo ameriten, los procedimientos y medicamentos que determinen hasta mi recuperación total con atención integral”1.

2. Respuesta de la EPS accionada:

Mediante escrito dirigido el 22 de abril de 2009, Coomeva EPS S.A., actuando por intermedio de la Analista Jurídica Regional Centrooriente, solicitó al juez constitucional declarar la improcedencia de la tutela y no amparar los derechos fundamentales señalados como violados o puestos en peligro inminente de violación. Subsidiariamente pidió que, en caso de ordenar a la EPS que autorice un procedimiento NO POS y negado por el comité técnico científico por existir alternativas en el POS no utilizadas, se declare en el fallo el derecho que le asiste a Coomeva EPS de recobrar los valores que tenga que cubrir por fuera de sus obligaciones legales, ante el FOSYGA.

Explicó que consultada la base de datos de esa entidad, se constató que el señor

Miguel Camilo Piraguata Pedraza se encuentra afiliado a Coomeva EPS en calidad de cotizante desde el 5 de enero de "2009" (sic), con 724 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en salud, y con rango salarial tipo 1 cuyo ingreso base de cotización es de \$600.000,00.

La EPS accionada adujo que solicitó la información sobre el paciente en la dirección de salud de esa entidad, quien determinó que la herniorrafia tradicional es un procedimiento fácil de efectuar y con pocas complicaciones que debe ser usada en el sistema de seguridad social en salud por encontrarse incluida en el POS, a diferencia de la técnica por laparoscopia, cuyo uso no se hace necesario para reparar una hernia inguinoescrotal.

Continúa diciendo, que luego de solicitar concepto al comité técnico científico sobre el procedimiento de herniorrafia por laparoscopia, manifestó, que éste le fue negado al actor debido a que no cumple con lo establecido en el artículo 6° de la resolución 3099 de 2008, y además, que dentro del Plan Obligatorio de Salud se encuentran otras alternativas, como lo es el procedimiento médico de la herniorrafia convencional, que puede ser utilizado para la patología del accionante.

En lo referente a la solicitud de tratamiento integral que elevó el accionante, la entidad demandada indicó que no es procedente toda vez que se están protegiendo hechos futuros e inciertos, por tratarse de exámenes, medicamentos o tratamientos que el usuario no ha requerido o no han sido prescritos por el médico tratante. Señala que si se ordena brindar un tratamiento sucesivo, se viola el derecho fundamental al debido proceso en la medida que la EPS no podría ejercer el derecho de defensa cuando en el futuro sea acusada de vulnerar o estar amenazando derechos fundamentales del accionante.

3. Intervención del Ministerio de la Protección Social en representación del FOSYGA:

En escrito recibido el 22 de abril de 2009 por el juzgado de primera instancia, la Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social, manifestó que el procedimiento de uretrocistopexia por vía abierta se encuentra incluido en el POS conforme lo dispone el artículo 62 de la resolución No. 5261 de 1994 y se requiere para su realización de periodos mínimos de cotización. Por lo tanto, al tenor del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, la práctica de procedimientos POS

requiere de un periodo no mayor de 26 semanas cotizadas del sistema de seguridad social en salud.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

2.1. Primera Instancia:

El Juzgado Sesenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia fechada el 27 de abril de 2009, declaró la improcedencia de la acción de amparo iniciada por el ciudadano Miguel Camilo Piraguata Pedraza, al considerar que la cirugía de hernioplastia por laparoscopia encuentra un procedimiento sustituto y efectivo incluido en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, cual es, la cirugía de herniorrafía inguinal izquierda con malla que fue autorizada por la EPS accionada al paciente y que permite corregir la hernia que lo aqueja.

2.2. Impugnación presentada por el actor:

El accionante adujo que el médico tratante le informó que la cirugía de hernioplastia inguinal directa con malla, es un procedimiento obsoleto que no lo adelanta la comunidad científica desde hace aproximadamente 15 años, por el riesgo que representa para el paciente y por ser una intervención invasiva. Por ende, el galeno sugirió la práctica de la hernioplastia inguinal izquierda por vía de laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm, que es un procedimiento más avanzado.

Manifiesta el actor que el juez a-quo se limitó a revisar si el procedimiento sugerido por el médico tratante podía ser reemplazado por otro incluido en el POS, sin analizar el nivel de efectividad de la cirugía directa frente a una que brinda la tecnología de laparoscopia. Indicó que la cirugía que ordenó el médico tratante la requiere con urgencia y que no se trata de un procedimiento suntuario.

Finalmente, señaló que el procedimiento de uretrocistopexia por vía abierta no solo es menos efectivo para la protección del derecho a la salud, sino incluso vulneratorio del mismo, pues implica una serie de procedimientos invasivos que aumentan las posibilidades de complicaciones, traduciéndose en vulneración efectiva del derecho a la salud.

2.3. Segunda Instancia:

El Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de junio 2009, confirmó la decisión que negó la protección constitucional, bajo el argumento de encontrarse la cirugía de herniorrafía directa incluida en el Plan Obligatorio de Salud, que es un procedimiento quirúrgico alternativo frente a la hernioplastia por laparoscopia. Consideró que aquella cirugía puede ser utilizada para mejorar la patología del accionante.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto, efectuado el 23 de julio de 2009.

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantea el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Desconoce una EPS los derechos a la vida y a la salud de un afiliado, al negarse a autorizar un procedimiento quirúrgico de especial eficacia científica ordenado por el médico tratante para una enfermedad que afecta las actividades diarias de una persona, en razón a que la cirugía no está contemplada en el POS y, en cambio, existe otra que sí está incluida y que es recomendada por el Comité Técnico Científico de la EPS?

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Inaplicación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando el procedimiento se requiere con necesidad. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Naturaleza de los Comités Técnicos Científicos. Solución que ha planteado la jurisprudencia constitucional frente a las controversias que se presentan entre la orden del médico tratante y la decisión negativa del suministro del servicio por

parte de aquel Comité; y, (iii) El caso concreto.

3. Inaplicación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional ha determinado que cuando una persona requiera con necesidad un tratamiento médico y no tenga capacidad económica alguna para soportarlo, deberá la EPS atender de manera integral al paciente independientemente de si se encuentra el procedimiento médico incluido o no en el POS.

Precisamente, la sentencia T-760 de 2008 dispuso que para acceder a los servicios de salud que se requieran, y que se encuentren excluidos del plan obligatorio de servicios de salud, es necesario que el juez constitucional atienda las siguientes subreglas de interpretación elaboradas por la Corte, a saber:

- i. Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- ii. Que 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 la vida en relación del paciente;
- iii. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.
- iv. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizada de la prestación esta autorizada a cobrar.

Además del cumplimiento de las subreglas antedichas, en el asunto bajo examen es necesario precisar que fue el Comité Técnico Científico de la EPS accionada el que negó la

autorización para la práctica del procedimiento quirúrgico avanzado que ordenó el médico tratante al paciente, por lo cual se centra la controversia en el contenido de la segunda subregla establecida y, concretamente, en lo tocante a la confrontación entre el concepto del médico tratante y la decisión del Comité Técnico Científico de no autorizar el procedimiento por existir una cirugía sustitutiva que contempla el Plan Obligatorio de Salud, situación que hace necesario estudiar éste último punto a la luz de la jurisprudencia constitucional, advirtiendo desde ya que ésta se ha enfocado en la prevalencia del concepto médico sobre el del Comité, como a continuación se expondrá.

4. Naturaleza de los Comités Técnicos Científicos. Solución que ha planteado la jurisprudencia constitucional frente a las controversias que se presentan entre la orden del médico tratante y la decisión negativa del suministro del servicio por parte de aquel Comité:

La Corte Constitucional en sentencia T-344 de 2002, al estudiar la naturaleza y composición de los Comités Técnico Científico, concluyó que “son órganos de carácter administrativo, que tiene como misión atender los reclamos que presenten los afiliados y beneficiarios de la E.P.S., en razón a la ocurrencia de hechos que conlleven una inadecuada prestación del servicio de salud. El Comité tiene el deber de velar porque todos los servicios a que tienen derecho los usuarios efectivamente se les presten y que ello se haga correctamente, en estricto cumplimiento de lo previsto en la Constitución y la ley, y de acuerdo con los criterios deontológico de la profesión médica”.

En esa sentencia se indicó que los Comités Técnico Científicos no son en estricto sentido un órgano de carácter técnico, toda vez que su composición solo exige que uno de los tres representantes sea médico², lo cual revela que no se trata de un tribunal profesional interno de la EPS en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano netamente administrativo que debe garantizar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también asegurar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud. Tal posición fue reiterada por la Corte en sentencias T-053 de 20043 y T-1192 de 20044.

Centrándonos en el tema de las controversias que se presentan entre lo ordenado por el médico tratante y el concepto del Comité Técnico Científico, la Sala considera que con relación a todos aquellos servicios de salud que una persona requiriera, distintos a medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud, la regulación ha guardado silencio hasta el día de hoy. Existe una laguna normativa con relación a cuál es el procedimiento que garantiza a una persona el acceso a tales servicios, al igual que existe un vacío frente a las reglas que se deben seguir para solucionar los conflictos que surjan entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico cuando existan polémicas en torno a que si una persona requiere o no un servicio de salud excluido del POS. Por eso, en procura de llenar tal laguna, esta Corporación ha decantando en su jurisprudencia que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la EPS5, debido a que aquél es (i) el especialista en la materia que (ii) mejor conoce el caso, y por ende, es la persona competente para determinar si el paciente realmente necesita un servicio especial de salud con urgencia. No obstante, el Comité Técnico Científico está autorizado para negar un medicamento, procedimiento o exámen prescrito por el médico tratante, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos mínimos: (i) consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, (ii) la historia clínica del paciente, es decir, consultar las consecuencias que tendría el procedimiento o tratamiento solicitado por el accionante6.

Si bien las normas legales no se han ocupado de indicar el procedimiento concreto para dirimir esa clase de conflictos, por vía jurisprudencial se ha entendido como posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante, pero no puede basarse en criterios administrativos o presupuestales, sino que su razón debe estar cimentada en un concepto sólido que atienda la opinión científica y la realidad clínica del paciente.

De tal forma que, en los casos en que existan tratamientos sustitutivos en el POS para curar una determinada enfermedad en un paciente, y el galeno tratante conceptúe sobre la necesidad de que se autorice el suministro de un servicio no incluido dentro del POS, la aplicación de las reglas anteriores aseguran que la opinión del médico tratante no se desconozca, salvo que existan razones médicas para ello las cuales, se insiste, deben ser de orden médico-científico que observe la condición de salud del paciente. Empero,

no se puede olvidar que el derecho a la salud es fundamental para todas las personas, pero no ilimitado, lo que se traduce en que los Comités Técnico Científicos no están obligados a autorizar de manera automática cada solicitud que eleven los médicos tratante en general.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-316 de 2008, al referirse al tema que ahora estudiamos, indicó que “el Comité no desplaza al médico tratante, pero puede cuestionar excepcionalmente las decisiones de aquel y negar la autorización del medicamento o procedimiento excluido del plan obligatorio. Sin embargo, esta decisión sólo será constitucionalmente legítima cuando tenga fundamento médico suficiente en los términos que adelante se explican. En todo caso, la Corte ha sido enfática al señalar que cualquiera sea la decisión del Comité, ésta no releva de responsabilidad a la EPS frente a su afiliado. Para que la decisión del Comité consistente en negar un medicamento o tratamiento no Pos solicitado por el médico tratante, resulte legítima se requiere que satisfaga, cuando menos, los siguientes requisitos: que se funde en conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) que surja de un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión”.

En igual sentido, la Corte en sentencia T-760 de 2008 subrayó que “cuando lo prescrito por el médico tratante es negado con base en razones administrativas, el juez de tutela debe darle prevalencia al médico tratante. Otra sería la situación si el Comité aportara razones científicas enderezadas, no a obstaculizar el servicio de salud idóneo para determinado usuario, sino a lograr la adecuada protección del derecho a la salud a partir de criterios médico-científicos. Por supuesto, si el desacuerdo no es resuelto en el plano científico y el médico tratante insiste en que el servicio de salud idóneo para su paciente no es el que autoriza el Comité Técnico Científico, será necesario prever un mecanismo de resolución definitiva del conflicto. Mientras este no exista, el juez de tutela continuará aplicando la jurisprudencia constitucional según la cual el juez no debe sustituir a los médicos sino ordenar que prevalezca lo prescrito por el médico tratante”.

De modo pues que, el Comité Técnico Científico solo puede oponerse cuando cuenta, efectivamente, con un criterio médico en contrario debidamente fundamentado; mientras ello no sea así, prevalece el concepto del médico tratante, quien además debe presentar la solicitud del servicio excluido del POS7, para que aquel Comité la

estudie y se pronuncie mediante concepto. Pero si continúa la controversia, ante la laguna normativa sobre los mecanismos para resolver el conflicto, debe el juez constitucional tomar partido por el criterio del médico tratante, quien además de ser profesional en la materia, conoce de cerca el caso del paciente.

Finalmente, la Sala estima que, cuando las controversias entre el galeno tratante y el Comité Técnico Científico refieran, de manera concreta, a un procedimiento quirúrgico que aquel considera brinda mayores beneficios para el paciente por los avances científicos y tecnológicos que rigen la actual práctica médica, debe tenerse en cuenta que los contenidos quirúrgicos específicos que incluye el Plan Obligatorio de Salud vigente, resultan obsoletos frente a los crecientes adelantos científicos que impulsa el estudio forense; por ende, se debe propender por estimular las prácticas quirúrgicas de última tecnología para que el habitante común obtenga un acceso moderno al servicio de salud.

5. El caso concreto:

5.1. Verificación del concepto de “requirir con necesidad”.

En el presente asunto, está demostrado que el actor requiere con necesidad el servicio quirúrgico especializado porque padece de una “gran hernia inguinoescrotal izquierda”⁸, que motivó a su médico tratante a ordenar la cirugía denominada “hernioplastia inguinal izquierda por vía laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm”⁹; tal hernia, afirma el paciente, afecta su integridad física porque le resta movilidad al momento de ejercer la locomoción y se torna en una masa dolorosa, abultada y molesta que impide al actor el pleno desarrollo de sus actividades cotidianas. Adviértase que de acuerdo a la ciencia médica¹⁰, la hernia inguinal se manifiesta como una masa en una o ambas ingles, y cuando se comporta grande la hernia puede llegar al escroto, denominándose en esos casos hernia inguinoescrotal que la hace abultada y visible a primera vista, la cual si no es tratada en forma urgente puede causar graves dolores y quebrantos a salud del paciente, al punto de comprometer su integridad personal.

Lo anterior para constatar el cumplimiento de la primera subregla, toda vez que se amenazan derechos fundamentales como son la salud de la más alta calidad y la integridad

personal del actor, al negarse la EPS a autorizar sin justificación científica alguna, el procedimiento quirúrgico excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.

En tratándose de la segunda subregla que exige el criterio de requerir con necesidad, esto es, que 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 la vida en relación del paciente, se encuentra probado en el expediente que la cirugía de hernioplastia inguinal por vía laparoscopia no se encuentra incluida en el POS y que cuenta con un procedimiento sustituto denominado herniorrafía convencional por vía directa que consagra el artículo 62 de la resolución No. 5261 de 199411 expedida por el entonces Ministerio de Salud.

Al analizar el concepto que emitió el Comité Técnico Científico de la EPS Coomeva y que fue comunicado el día 13 de marzo de 2009 al médico tratante del actor¹², la Sala observa que la única justificación que esgrimió aquel Comité para negar la autorización de la hernioplastia inguinal izquierda por vía de laparoscopia, fue que ese procedimiento no lo incluía el POS y que su práctica era impertinente. En esa oportunidad no tuvo en cuenta (i) la opinión científica de un especialista en la materia y mucho menos (ii) analizó la historia clínica del paciente, pues se centró en un criterio excluyente que vulnera el derecho al más alto disfrute de la salud que le asiste al accionante. Como se dijo en las reglas sentadas en la consideración 4., el Comité Técnico Científico de la EPS Coomeva debió consultar aquella opinión y valorar el estado del paciente, para negar el procedimiento de herniorrafía por laparoscopia.

El médico tratante del actor justificó el uso de una cirugía más avanzada arguyendo el complicado estado de salud del actor debido a la “gran hernia inguioescrotal” y a los beneficios que reporta el procedimiento, cuales son: la disminución de infecciones en el sitio operado, reducción de dolores durante el post-operatorio, mayor control de sangrados internos y de hemorragias, menor tiempo de recuperación y disminución de estancia hospitalaria, además de indicar que por tratarse de un procedimiento de última tecnología reduce el trauma o secuelas en el paciente¹³; razones científicas y de

conocimiento médico del paciente, que permiten concluir la importancia y la preferencia por el procedimiento por vía de laparoscopia.

Atendiendo a las investigaciones realizadas por la Universidad Nacional San Marcos de Perú¹⁴, éstas corroboran lo dicho por el galeno tratante, toda vez que han concluido que “es indudable que la cirugía laparoscópica brinda satisfacciones tanto al cirujano que la realiza, como al paciente que se somete. Los conceptos inmersos en esa técnica es la mínima invisibilidad”. Igualmente señalan, “la visión laparoscópica de la región es, sin duda, una de las mejores ventajas, ya que nos permite realizar un diagnóstico más certero con un mínimo esfuerzo, lo que no permite la cirugía abierta convencional”. Continúa el estudio diciendo que “la ventaja de esta técnica esta basada en dos puntos importantes: el primero, es la recuperación rápida a la rutina con menor dolor postoperatorio¹⁵...; la segunda, la posibilidad teórica de la recidiva se aleja y tiende a cero, ya que no existen tensión en el reparo, distorsión de la anatomía, y la existencia de cierta independencia en cuanto a los tejidos del paciente, ya que la malla no sufre degradación, ni debilidad conforme transcurre el tiempo.” De modo pues que, en este específico caso, debe respetarse la opinión del médico tratante por ser (i) el especialista en el tratamiento de hernias inguinoescrotales y (ii) por ser la persona que mejor conoce el padecimiento del accionante, con lo cual queda resuelta la controversia suscitada ya que el procedimiento NO POS brinda efectividad en el trato médico que debe seguir la hernía que sufre el actor.

Si bien la entidad accionada allegó con su respuesta a la tutela el concepto que un médico general expidió el 20 de abril de 2009¹⁶, observa la Sala que no corresponde a un galeno experto en la materia de hernias inguinales y que se limita a informar que la cirugía de herniorrafía convecional es una técnica quirúrgica fácil de practicar y que no reporta complicaciones, sin cuestionar directamente el procedimiento ordenado por el médico que trata al actor, pues se limitó a que el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, ese concepto que ni siquiera fue presentado al Comité Técnico Científico, se desechará.

En lo tocante a la tercera subregla establecida, la misma se encuentra satisfecha

porque el médico tratante que ordenó el procedimiento avanzado denominado hernioplastia inguinal izquierda por vía de laparoscopia, se encuentra adscrito a la EPS accionada.

Y, finalmente, el accionante es una persona que se encuentra en calidad de cotizante del régimen contributivo en el nivel I, con un ingreso base de cotización de menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), situación que permite colegir que no está en condiciones de proveerse por sí mismo el procedimiento¹⁷, es decir, que carece de capacidad económica para acceder a los servicios médicos requeridos para afrontar la situación de salud que pone en riesgo sus derechos constitucionales fundamentales, dándose cumplimiento a la cuarta subregla y, con ella, al criterio de requerir con necesidad. Por lo tanto, la Sala accederá a la protección del derecho a la salud en condiciones dignas, en aras de hacer efectivos los derechos fundamentales del actor.

5.2. El tratamiento integral que solicita el accionante:

Respecto a la orden de tratamiento integral, esta Corporación¹⁸ tiene dicho que

que en virtud del principio de integralidad propio del Sistema de Seguridad Social, las órdenes del Juez constitucional que procuran proteger el derecho a la salud deben proveer todas las acciones necesarias para el reestablecimiento pleno de la salud del afectado y la rehabilitación de todas las afecciones que padece, de conformidad con lo que ordene el médico tratante. Igualmente, la orden de tratamiento integral ha sido impartida por la Corte sobre el supuesto de enfermedades y afecciones debidamente determinadas, definidas específicamente en cuanto a su naturaleza y el tratamiento necesario, según lo señalado por el médico tratante.

En el presente asunto, el accionante va a ser sometido a una cirugía de hernioplastia inguinal izquierda por vía laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm. por 15 cm debido a una gran hernia inguinoescrotal que le fue diagnosticada por el galeno tratante, por lo cual requiere de una rehabilitación completa a efectos de retomar su vida normal, imponiendo que esta Sala conceda el tratamiento integral requerido por el ciudadano Miguel Camilo Piragauta Pedraza para reestablecer sus derechos. El

tratamiento integral incluye los servicios del Plan Obligatorio de Salud y los que se encuentran excluidos, siempre y cuando se relacionen con la enfermedad inguinal del actor.

5.3. La responsabilidad en el cubrimiento de un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado:

En cuanto a la naturaleza del servicio requerido con necesidad y la responsabilidad en su cubrimiento, la cirugía de hernioplastia inguinal izquierda por vía laparoscopia no se encuentra expresamente consagrada dentro de los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y fue solicitada por el actor al Comité Técnico Científico de la EPS Coomeva, quien oportunamente lo negó haciendo uso de un criterio objetivo de exclusión. En este orden de ideas, y conforme al literal j del art 14 de la Ley 1122 de 2007, cuando los Comités Técnico Científicos de las EPS no contesten o no tramiten oportunamente las solicitudes de procedimientos NO POS, la sanción que se impone a la entidad demandada es que los costos de la prestación serán cubiertos por la EPS y el FOSYGA por parte iguales, consecuencia que ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, especialmente en la sentencia T-760 de 2008.

No obstante, para el caso que se somete a revisión de esta Corte, la EPS negó de manera oportuna el tratamiento médico autorizado por el especialista, por encontrarse excluido del POS, por lo que no podrá ser objeto de sanción conforme al literal j del art 14 de la Ley 1122 de 2007, sino, que se autorizará a la accionada repetir por la totalidad del procedimiento contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, en aras de mantener el equilibrio financiero y la solidaridad dentro del Sistema, únicamente frente a la cirugía de hernioplastia inguinal con laparoscopia, porque en lo que respecta a la malla de polipropileno, ésta se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud, como se puede ver en el artículo 1° del Acuerdo 302 de 2005 emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social, por tanto su costo debe ser asumido por la EPS demandada.

5.4. En conclusión, al estar probado que el actor requiere con necesidad el procedimiento especializado que le ordenó el médico tratante, la Sala revocará los fallos de instancia y en su lugar, tutelaré el derecho constitucional fundamental a la salud y la vida en condiciones dignas del actor. En consecuencia, se ordenará a la EPS Coomeva, que

dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar la cirugía de hernioplastia inguinal izquierda por vía laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm, conforme a lo ordenado por el médico tratante, y que suministre el tratamiento integral que el paciente requiere para lograr la mejoría del padecimiento inguinal.

De todas las gestiones que realice la EPS dará cuenta en forma inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección. Finalmente, se autorizará a dicha entidad para que repita contra el Fosyga por los gastos en que incurra en cumplimiento de la presente decisión, menos por la malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm por cuanto se encuentra incluida dentro del POS.

IV. DECISIÓN:

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 27 de abril de 2009 por el Juzgado Sesenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá y confirmada el 08 de junio de la misma anualidad por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Miguel Camilo Piragauta Pedraza contra la EPS Coomeva. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, del accionante.

SEGUNDO.- INAPLICAR, por inconstitucional para el caso en concreto, las disposiciones reglamentarias que fundamentaron la negativa de la EPS Coomeva y de su Comité Técnico Científico, a autorizar el servicio quirúrgico especializado que motivo la interposición de esta acción de tutela.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de la EPS Coomeva, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar la cirugía de hernioplastia inguinal izquierda por vía laparoscopia con malla de polipropileno de 15 cm por 15 cm, conforme a lo ordenado por el médico tratante, y con posterioridad a la práctica de la cirugía, brinde al accionante el tratamiento integral que requiera para reestablecer su salud, siempre y cuando se relacione con su

padecimiento inguinal.

CUARTO.- AUTORIZAR a la EPS Coomeva para que repita contra el Fondo Nacional de Garantía y Solidaridad -FOSYGA- por los gastos que incurra en la práctica del procedimiento indicado en el numeral anterior, excluyendo los gastos generados por la malla de polipropileno, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR, al Juzgado Sesenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, que verifique y vele por el cumplimiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si la EPS Coomeva no da cumplimiento en el plazo señalado.

SEXTO.- LIBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr. folio 3 del cuaderno 1.

2 De acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 5061 de 1997, los Comités Técnicos Científicos están conformados por tres personas: Un representante de la EPS, un representante de la IPS, y un representante de los usuarios. La norma, en el segundo

parágrafo, tan sólo exige que uno de sus miembros sea médico.

3 En esa oportunidad la Corte estudio el caso de un pensionado afiliado a la EPS Compensar, que fue operado del corazón y que su médico tratante le formuló los medicamentos denominados “tersantan x 50 mg y pravacol x 40 mg” de uso continuo. Los medicamentos fueron negados por la entidad accionada arguyendo que el actor debía acudir primero a obtener el concepto del Comité Técnico Científico de la entidad, pero esta Corporación estimó que el noción de ese Comité no era un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario, le fuera otorgado.

4 En esa sentencia se ordenó a la EPS accionada que suministrara un medicamento que requería un enfermo mental. Para tal efecto, se hizo un estudio de la naturaleza de los Comités Técnico Científicos y que su concepto no es requisito indispensable para otorgar un medicamento o procedimiento.

5 Ver sentencias T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000 y T-301 de 2005, entre otras.

6 Al respecto, ver sentencia hito T-344 de 2002.

7 El artículo 4° de la Resolución 2933 de 2006 establece las funciones de los Comités Técnicos Científicos, estableciendo que la primera de ellas es “analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”. El artículo 7° de la Resolución establece el procedimiento para la autorización, reiterando que “las solicitudes deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento”. Esta cuestión se encontraba regulada en los mismos términos por la Resolución 2948 de 2003 y la Resolución 3797 de 2004.

8 Cfr. folio 5 del cuaderno 1.

9 Ib.

10 Puede consultarse la página web:
<http://www.galeon.com/drmarin/herningquees.htm>.

11 El artículo 62 de la resolución 5261 de 1994, por medio de la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagra: “ARTÍCULO 62: Definir para las intervenciones quirúrgicas abdominales, la siguiente nomenclatura y clasificación: 1. PARED ABDOMINAL Y PERITONEO: CORRECCIÓN DE HERNIAS EN PARED ABDOMINAL: Herniorrafía inguinal (...)”.

12 Cfr. folios 11 y 12 del cuaderno 1.

13 Cfr. folio 8 del cuaderno 1.

14 Consultar en la página:
http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Salud/Perez_R_F/t_resumen.pdf

15 Puede leerse y visitar
www.cirugest.com/htm/revisiones/cir01-07/cap26.pdf

17 Sentencia T - 760 de 2008, apartado 4.4.3.2.1 y Sentencia SU- 480 de 1997. MP. Alendro Martínez Caballero.

18 Sentencias T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-518 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-799 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-503 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-584 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-657 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.