

Sentencia T-762/07

DERECHO A LA SALUD-Tratamiento no fue ordenado por médico tratante

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Es requisito que el tratamiento o medicamento esté determinado por el médico tratante

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no solicitar a la EPS la práctica de cirugía

Referencia: expediente T-1626888

Acción de tutela de Jose Leonel Rodríguez Martínez contra la EPS SALUDCOOP.

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto el día 18 de abril de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Leonel Rodríguez Martínez contra SALUDCOOP EPS.

I. ANTECEDENTES

Con escrito presentado el día 28 de marzo de 2007, el señor José Leonel Rodríguez Martínez, mediante apoderado, interpuso acción de tutela por considerar que SALUDCOOP EPS le está vulnerando sus derechos a la vida, y a la salud. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

* Manifiesta que, es beneficiario del régimen contributivo de SALUDCOOP EPS y sufrió un accidente de tránsito el 12 de noviembre de 2006 enfrentando un “POLITRAUMA CON PEX SERVICAL, TRAUMA DE TORAX Y MIEMBRO SUPERIOR DERECHO CON LESION DE PLEXO BRAQUIAL”, siendo inicialmente tratado por cuenta del SOAT y posteriormente por SALUDCOOP EPS.

* Asevera que, se solicitó una remisión a Bogotá, la cual autorizada por la EPS, siendo valorado por el ortopedista y cirujano de mano ENRIQUE VERGARA, quien aseguró que las posibilidades de recuperación son solamente en el brazo y no en la mano, viéndose el resultado en dos años, lo cual da a entender que la EPS no presta el servicio debido y no asigna un profesional idóneo y con experiencia, tal como el DR. SASTRE CIFUENTES, violando así sus derechos fundamentales.

* Finalmente solicita tutelar sus derechos a la vida, y a la salud y “en tal virtud se ordene a SALUDCOOP EPS que en forma inmediata autorice la práctica de la tan aludida cirugía la cual debe realizarla el DR. RAUL SASTRE CIFUENTES, por ser la única persona con el profesionalismo, experiencia e idoneidad requeridos, con el tratamiento post quirúrgico que sea necesario incluido todo (sic) los procedimientos y requerimientos para la efectiva recuperación de la salud”¹. Solicita como medida provisional que se autorice la cirugía para el 30 de marzo de 2007, programada para tal día en la ciudad de Bogotá por la urgencia de su realización según el especialista.

1. Respuesta del ente demandado

Nelson Infante Riaño, representante de SALUDCOOP EPS en Pasto, informa que efectivamente el accionante se encuentra afiliado al sistema en el régimen contributivo en calidad de cotizante independiente, solicitando servicios no negados por la EPS, concretamente solicita autorizar la realización de una cirugía reconstructiva de plexo

braquial, servicio que se encuentra incluido en el POS y no ha sido objeto de negación por parte de SALUDCOOP.

Añade el representante de la accionada que, la acción de tutela no es procedente, pues los servicios se encuentran incluidos en el POS, encontrando solo dificultad ya que los mismos fueron prescritos por un médico consultado particularmente, es decir, no adscrito a SALUDCOOP EPS. Relaciona la Sentencia T-614 de 2003 de esta Corporación en la cual se consideró que las entidades promotoras de salud están en la libertad de contratar sus servicios con las entidades que crean convenientes y no con las preferidas por el usuario.

Asegura que el servicio puede ser brindado en Pasto por el DR. JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ, especialista de la misma escuela del DR. SASTRE, o en otra IPS del país, pero dentro de la red de prestadores de servicios dispuesta por SALUDCOOP.

Detalla la reglamentación sobre el suministro de servicios médicos con cargo al POS, menciona el principio de libre escogencia de las IPS en el SGSSS, relaciona jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, y finaliza argumentando que no hay derecho fundamental vulnerado o amenazado pues el accionante ha recibido toda la atención ordenada por los médicos tratantes, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Pruebas que obran en el expediente

1- Junto con la acción de tutela, fotocopia de la cédula de ciudadanía y carne de SALUDCOOP del accionante (Folios 15 y 16).

2- Fotocopia de la historia clínica del accionante. (Folios 17 a 20).

3- Informe técnico legal de médico forense de Medicina Legal, en el que a petición del Juzgado que conoce de la acción, se informa que el tratamiento ordenado al accionante por el cirujano plástico es el adecuado para mejorar las patologías secundarias al daño de los nervios y es urgente ya que con el paso del tiempo la recuperación será desfavorable (folio 38).

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

Conoció de este proceso el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pasto, quien decidió negar los

derechos invocados por el accionante argumentando que el servicio solicitado por el mismo se encuentra incluido en el POS y no ha sido negado por el entidad accionada, careciendo de importancia el hecho de que tal procedimiento hubiere sido ordenado por un médico particular, pues la EPS está presta a asumir la cirugía. Señala que al juez de tutela no le está permitido definir que profesional debe ser quien realice los procedimientos quirúrgicos, y “en tanto el asunto sometido a consideración del despacho sea una mera divergencia de carácter particular acerca del profesional de la medicina que deberá practicar determinado procedimiento, sin que en ello se vean involucrados derechos fundamentales, el papel del juez constitucional de tutela emerge improcedente”².

Según el a quo se debe tener en cuenta que la EPS ha garantizado la práctica de la cirugía ordenada, bien sea con el DR JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ en Pasto, o con el DR ENRIQUE VERGARA en Bogotá, sin que sea necesario descalificar a tales profesionales, por consideraciones objetivas de que el DR. SASTRE garantiza el 100% de la efectividad. Finaliza advirtiendo que no se está negando la prestación del servicio de salud alguno al actor, y por consiguiente no se observa vulneración a ningún derecho fundamental.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

En el caso materia de examen, el actor reclama la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud, los cuales, en su opinión, se encuentran siendo vulnerados por la EPS SALUDCOOP. Afirma que la accionada debe autorizar de manera inmediata una cirugía reconstructiva de plexo braquial, ordenada por un médico no adscrito a tal entidad.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala se referirá en primer lugar al tema de la necesidad de determinación del tratamiento por un médico adscrito a la EPS accionada y seguidamente se puntualizará sobre si es procedente interponer la acción de

tutela directamente sin que antes el interesado hubiere requerido la prestación del servicio solicitado a la entidad accionada. Finalmente se abordará la solución del caso concreto para entrar a determinar si el señor José Leonel Rodríguez Martínez tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Las prestaciones médicas deben ser ordenadas por un médico adscrito a la EPS accionada. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha reiterado que para que la acción de tutela prospere contra una EPS, el servicio médico que se solicita debe ser ordenado por un médico adscrito a la entidad que se demanda. En consecuencia, no es válida para efectos de obligar a una EPS, la orden médica expedida por un médico particular no vinculado a la misma. Si el accionante decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos a la EPS en la que se encuentra afiliado, como consecuencia de ello, la EPS esta legitimada para denegar el servicio solicitado.

Respecto al requisito del médico tratante adscrito a la entidad demandada, la Corte en Sentencia T-378 de 20003 consideró:

“(…) La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica”.

En el mismo sentido la Sentencia T-488/064, al estudiar un caso donde el tratamiento no fue ordenado por el médico tratante del actor, la Corte expresó:

“(…) Para que el amparo solicitado prospere es necesario que se aprecie que en realidad existió la negativa de una Empresa Promotora de Salud a suministrar lo pretendido por el accionante, para así poder alegar la vulneración de un derecho fundamental. En consecuencia, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si

existen en realidad las acciones u omisiones de la entidad demandada y solo en la medida en que ellas constituyan la violación de algún derecho fundamental.

En el caso sub judice, la fórmula médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene del médico tratante del peticionario, sino de un galeno particular que lo atendió en consulta privada, costeadada por sus propios medios, circunstancia que conlleva, en la práctica judicial, a concluir en principio que tal presupuesto no se encuentra satisfecho y, por ende, no pueden prosperar las pretensiones del accionante”.

En conclusión, para que prospere el amparo de tutela en materia de salud, es necesario que se cumplan todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación en materia de salud mencionados en esta sentencia, entre ellos que quien ordena o prescribe el servicio médico este adscrito o pertenezca a la EPS que se acciona. Por tanto, no se puede obligar a estas a asumir un tratamiento que ha sido prescrito por un médico particular no adscrito a la misma⁵. De esta manera el juez de tutela no puede ordenar a la empresa promotora de salud la realización del tratamiento determinado por el médico particular, salvo que se demuestre que ha existido una violación del derecho al diagnóstico y que la persona tuvo que acudir a un médico externo para obtener la orden respectiva⁶.

4. Improcedencia de la acción de tutela cuando se interpone de manera directa sin que el interesado hubiere acudido previamente a requerir la prestación del servicio solicitado a la entidad accionada.

Cuando el actor presenta directamente la acción de tutela ante el juez sin impetrar previamente sus peticiones a las entidades accionadas, parte del supuesto hipotético de que serán negadas sus solicitudes y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir directamente a la acción de amparo.

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

Al respecto, se mencionó en la Sentencia T-240 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra los siguiente:

“...No obstante lo anterior, esta Sala de Revisión no puede pasar por alto el hecho de que el señor José Rainel Patiño, antes de realizar la correspondiente solicitud de adaptación de audífonos, ante el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Manizales E.P.S., acudió a la acción de tutela. Ello significa, que la entidad accionada en estricto sentido no ha vulnerado los derechos del menor en cuya representación se presentó la acción señalada; es más, en el escrito de tutela el señor Patiño afirma que su hijo siempre ha recibido tratamiento oportuno. Pero al ser interrogado en la diligencia de ampliación de tutela sobre las gestiones adelantadas ante la Dirección Administrativa del Seguro Social, para la adaptación de los audífonos y la respuesta de la misma, contestó “No, nosotros no hablamos con nadie más, nos dijeron que debíamos presentar la tutela y por eso fuimos a la Defensoría del Pueblo”.

Conceder la tutela sin que medie una negativa por parte de la entidad accionada, de la cual se pueda predicar una vulneración de los derechos fundamentales reclamados, sería desconocer el derecho al debido proceso de dicha entidad, tan caro al ordenamiento jurídico...”

La acción de tutela está consagrada para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (art. 86 de la Carta); por ello, cuando no se haya requerido previamente a la autoridad, salvo los casos verdaderamente excepcionales, impide que la tutela proceda, ya que no se tiene certeza de si la autoridad vulneró algún derecho fundamental.

5. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión el señor José Leonel Rodríguez Martínez, afiliado al régimen contributivo y con servicios de la EPS SALUCOOP, solicita se le protejan sus derechos a la vida y a la salud y se le ordene a tal entidad que en forma inmediata autorice la práctica de una cirugía reconstructiva de plexo braquial – ordenada por un médico particular que él consultó y no adscrito a la entidad accionada – junto con el tratamiento post quirúrgico que sea necesario y todos los procedimientos y requerimientos para la efectiva recuperación de su salud.

Por su parte, SALUCOOP EPS, aseguró que el accionante está solicitando mediante tutela servicios que no han sido negados por la EPS, concretamente solicita autorizar la realización

de una cirugía reconstructiva de plexo braquial, servicio que se encuentra incluido en el POS y no ha sido objeto de negación.

Agregó la entidad que la acción de tutela no es procedente, pues los servicios se encuentran incluidos en el POS, encontrando solo dificultad ya que los mismos fueron prescritos por un médico consultado particularmente, es decir, no adscrito a SALUDCOOP EPS, pero se afirmó que el servicio puede ser brindado en Pasto por el DR. JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ, especialista de la misma escuela del médico particular que consultó el actor, o en otra IPS del país, pero dentro de la red de prestadores de servicios dispuesta por SALUDCOOP.

El juez de tutela que falló la acción, negó los derechos invocados argumentando que no encontraba vulneración a ningún derecho fundamental del accionante, ya que está garantizada la práctica de la cirugía solicitada por un galeno adscrito a la EPS y especialista en el tema; agregó que al juez de tutela le está vedado definir que profesional de la medicina deberá ser quien realice el procedimiento quirúrgico, pues su análisis está supeditado a determinar si se presentan amenazas o vulneraciones de derechos fundamentales.

Para esta Sala, la decisión del a quo se encuentra totalmente ajustada a derecho ya que efectivamente se observa que la EPS demandada está dispuesta a garantizar la práctica de la cirugía requerida por el accionante, razón por la cual no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados por el mismo. La decisión de instancia se apareja también con los pronunciamientos de esta Corporación sobre la necesidad de que el tratamiento lo prescriba el médico adscrito a la entidad. Tal como se advirtió en la parte precedente, los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los tratamientos indicados por los médicos tratantes, ya que, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional⁷, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada. Por tanto, si el actor decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos a la EPS, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

No se puede pasar por alto que, la presente acción de tutela fue presentada directamente al juez constitucional, sin que exista prueba de que se requirió previamente a la EPS accionada la prestación de la cirugía solicitada y que ésta se hubiera negado a entregarla. Se observa que el actor parte del supuesto de que será negada su solicitud y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir a la acción de tutela.

Resulta a todas luces inadecuado este procedimiento porque, en el material probatorio no hay prueba de que al accionante se le hubiera negado la práctica de la cirugía exigida; por el contrario, lo que obra en el expediente es que al momento de interponer la acción de tutela, el actor no se había acercado a la EPS SALUCOOP a requerir el procedimiento “cirugía reconstructiva de plexo braquial” y además se encuentra que la EPS tutelada, es enfática en aseverar que tal servicio que se encuentra incluido en el POS y está dispuesta a brindarlo con un médico especialista de la entidad.

En el presente caso es preciso recordar que, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, que tiene por objeto una protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos sean conculcados o se presente una posible amenaza de su violación⁸; por tanto, cuando se acude al juez constitucional, y para que el amparo sea procedente, debe presentársele una situación o acto concreto y específico del cual se predique una violación o amenaza de los derechos fundamentales, y no eventos hipotéticos sobre los cuales el juez no pueda hacer una verdadera valoración. Suponer que la autoridad va a negar los derechos invocados e interponer la acción sin requerirla, sería desconocerle su derecho al debido proceso, y además nos sitúa frente a una situación incierta que impide conceder la tutela.

Conforme a lo anterior esta Sala de Revisión concluye que en el presente caso no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados como vulnerados por el señor José Leonel Rodríguez Martínez por parte de la EPS SALUDCOOP y por tanto, con atención a lo presentado, corresponderá confirmar el fallo proferido por el juez de instancia, mediante los cuales se negó el amparo solicitado en la presente acción de tutela.

Por las anteriores razones, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, el cual negó los derechos invocados por el señor José Leonel Rodríguez Martínez.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto y mediante el cual se negaron los derechos invocados por el señor José Leonel Rodríguez Martínez.

SEGUNDO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 2 de la actuación.

2 Folio 48 del cuaderno principal.

3 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 M.P Jaime Araujo Rentería.

5 Para ampliar el tema de la subregla estudiada ver sentencias: SU-480/97, T-665/97, T-378/00, T-749/01, T-262/02, T-900/02, T-1125/02, T-434/04, T-002/05, T-038/05, T-469/06 y T-028/07 entre otras.

6 Sentencias T-304/05, T-835/05 MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-1041/05 MP. Humberto

Antonio Sierra Porto.

7 SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en las sentencias T-378 de 2000, y T-749 de 2001.

8 Art 86 C.N.