

Sentencia T-927/09

SENTENCIA DE TUTELA-Cumplimiento inmediato

JUEZ DE TUTELA-Facultad para hacer cumplir sus fallos

TEMERIDAD-Presupuestos que permiten afirmar una adecuada justificación de la segunda tutela y por ende su no configuración

INCIDENTE DE DESACATO-Figura idónea para buscar cumplimiento de una sentencia

MEDICO TRATANTE-Concepto

MEDICO TRATANTE-Prevalece su concepto aunque no se encuentre adscrito a la entidad demandada

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS para que suscriba convenio con médico no adscrito a dicha entidad y de no ser posible provea de inmediato el servicio de rehabilitación oral y maxilofacial con un especialista adscrito a su entidad

Referencia: expediente T-2378004

Acción de tutela instaurada por Guillermo Alberto Sabogal Díaz contra Salud Total EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, DC., diez (10) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Mendoza Martelo 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 Veinticinco Civil

Municipal de Bogotá y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. Guillermo Alberto Sabogal Díaz presentó acción de tutela contra Salud Total EPS por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1. En diciembre de 2005, cuando el accionante contaba con 16 años, la EPS accionada autorizó y le practicó un procedimiento quirúrgico tendiente a extirpar un tumor cancerígeno ubicado en su paladar maxilar superior.

2. Luego de la intervención, el médico tratante ordenó iniciar un proceso de reconstrucción oral y maxilofacial como parte de la rehabilitación de la enfermedad. No obstante, la entidad accionada negó la autorización de dichos procedimientos alegando que tienen un carácter meramente estético.

3. Debido a esto, el accionante acudió a los servicios particulares del odontólogo en rehabilitación oral y reconstrucción maxilofacial, Jorge Pardo Abisambra. El pago de los servicios de este profesional fue realizado en su totalidad por los padres del accionante.

4. Posteriormente, el padre del accionante instauró una tutela en nombre de este solicitando que se ordenara a la EPS autorizar el tratamiento de reconstrucción máxilofacial. El 16 de mayo de 2007, el Juzgado 21 Penal Municipal en función de control de garantías de Bogotá, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna del accionante y ordenó a Salud Total EPS que autorizara y verificara la realización de los procedimientos de

“(i) RECONSTRUCCIÓN DE SEGMENTO DE MAXILAR CON COLGAJO LIBRE DE CRESTA ILIACA CON MÚSCULO OBLICUO, (ii) COLOCACIÓN DE SIETE IMPLANTES DE ÓSEO INTEGRACIÓN DE SUPERFICIE TRATADA, y (iii) REHABILITACIÓN PROSDÓNTICA (oral con

coronas metal porcelana), en la (las) institución (es) que cumpla (n) los requisitos para ello, y bajo los parámetros que determinen los especialistas de la salud tratantes del afiliado, para así asegurarle la óptima y eficaz prestación del trascendental servicio de salud. Igualmente -y atendiendo que padece una enfermedad catastrófica-, que autorice la totalidad de medicamentos, intervenciones, tratamientos y procedimientos que en adelante requiera el afectado, que se encuentren excluidos del POS o MAPIPOS”.

1. En cumplimiento de la orden judicial, el 11 de diciembre de 2007 se practicó al accionante una “cirugía de reconstrucción de segmento de maxilar con colgajo libre de cresta ilíaca con músculo oblicuo interno”. Sin embargo, a juicio del mismo, la intervención resultó inútil puesto que la EPS no autorizó la presencia de un odontólogo especialista en rehabilitación oral y maxilofacial, y no dispuso a tiempo la continuación del tratamiento de rehabilitación oral, lo cual le trajo como consecuencia una “pansinusitis crónica”.

2. Para corregir las dificultades de la intervención anterior y avanzar en la reconstrucción maxilofacial, la EPS accionada autorizó la práctica de otra cirugía. De acuerdo con el médico tratante, Luis Eduardo Bermúdez, es indispensable que el cirujano esté asistido por un odontólogo en rehabilitación oral y reconstrucción maxilofacial. No obstante, según el accionante, este profesional no ha sido asignado.

3. Manifiesta el accionante que la EPS ha sido negligente durante todo el tratamiento puesto que no ha autorizado a tiempo los procedimientos necesarios ni ha incluido dentro del equipo médico tratante a un especialista en rehabilitación oral y maxilofacial. Como consecuencia, la rehabilitación ha tardado varios años y ha tenido serias complicaciones. Esta negativa atenta contra su derecho a la salud y a la vida digna, puesto que impide injustificadamente la recuperación plena de la enfermedad, puesto que no ha conseguido comer y sonreír apropiadamente; presentar su rostro sin temor frente a la sociedad, y desarrollar normalmente la etapa vital en la que se encuentra.

4. Teniendo en cuenta estos antecedentes, el accionante considera que la EPS amenaza con continuar vulnerando sus derechos fundamentales en la intervención quirúrgica que se programará, porque no asignó oportunamente un experto en rehabilitación oral, y

ello trae como consecuencia que si escoge un profesional, este no conocerá las características complejas y delicadas de su diagnóstico, ni cuáles son los procedimientos más adecuados de acuerdo con este.

5. Por ello, el accionante solicita que se ordene que el rehabilitador oral que asista al cirujano plástico en la próxima intervención a la cual va a ser sometido, sea el odontólogo Jorge Pardo Abisambra, profesional que lo ha atendido durante todo el tiempo en el que la entidad accionada se negó a hacerlo y que, por ello, considera es la persona más indicada para apoyar la cirugía.

1. La demanda de tutela fue admitida el 8 de junio de 2009 por el Juzgado 25 Civil Municipal de Bogotá.

Pruebas que obran en el expediente.

1. Historia clínica del accionante.

2. Formato de negación del servicio de “colocación quirúrgica de una prótesis maxilofacial”, debido a que no se encuentra incluido en el POS, expedido por Salud Total EPS el 22 de diciembre de 2004.

3. Carta enviada por el Odontólogo Jorge Pardo Abisambra, el primero de marzo de 2007, en la que solicita el pago de tres millones quinientos mil pesos (\$3.500.000) por concepto de tratamiento, asistencia quirúrgica, y evolución del tratamiento a la fecha de expedición de la cuenta.

4. Carta enviada el 7 de marzo de 2007 por Diego Luis Esquivel, coordinador del servicio de cirugía oral y maxilofacial de la Fundación Hospital de la Misericordia, a Salud Total EPS, solicitando autorización para “corrección de secuela por tumor neuroectodérmico primitivo, al paciente GUILLERMO ALBERTO SABOGAL DÍAZ”, toda vez que la Fundación dio de alta al paciente para iniciar su proceso de reconstrucción y rehabilitación oral en junio de 2006”.

5. Formato de negación del servicio de “reconstrucción del segmento de maxilar y

rehabilitación protodóntica” debido a que no se encuentra incluido en el POS, expedido por Salud Total EPS el 30 de marzo de 2007.

6. Fallo del 16 de mayo de 2007, proferido por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal en Función de Control de Garantías, en la que se concede el amparo impetrado por la parte actora y se ordena a la EPS Salud Total que autorice y verifique la realización de todos los tratamientos, procedimientos y medicamentos necesarios para la superación del cáncer de maxilar superior.

7. Carta enviada por el médico Luis Eduardo Bermúdez el 10 de diciembre de 2007, solicitando la presencia del Dr. Jorge Pardo Abisambra, experto en rehabilitación oral y maxilofacial, en la intervención quirúrgica programada para el día 11 de diciembre del mismo año en la Fundación Santafé.

8. Cotización del tratamiento protésico requerido por el accionante, enviado por el Doctor Jorge Pardo Abisambra a Salud Total EPS el 14 de abril de 2008, y presentado a la EPS accionada.

9. Carta enviada el 23 de abril de 2008 por Diego Luis Esquivel, coordinador del servicio de cirugía oral y maxilofacial de la Fundación Hospital de la Misericordia, solicitando a la EPS Salud Total autorizar el tratamiento de rehabilitación establecido cinco años atrás por su dependencia. Manifestó el doctor Esquivel que el Doctor Jorge Pardo Abisambra fue el profesional que diseñó la plantilla para la obtención del injerto requerido y quien asistió la cirugía realizada por el Doctor Bermúdez supervisando el posicionamiento, orientación y fijación del injerto. Además, advirtió que “de acuerdo a los protocolos internacionales de cirugía reconstructiva de los maxilares, se recomienda la carga del hueso con implantes a los cuatro meses de realizada la cirugía. De no realizarlo se perdería gran parte del hueso injertado ya que el implante y su posterior carga son los encargados de mantener la fisiología y el volumen óseo”.

11. Respuesta de la EPS Salud Total a la solicitud del accionante, enviada el 3 de diciembre de 2008, en la que señala que el único motivo para no haber continuado el tratamiento de reconstrucción fue la necesidad de esperar la fijación del injerto y el tratamiento de una pansinusitis crónica. Debido a ello, una vez superado esta enfermedad, el accionante debe proceder a tener una nueva valoración por parte del

doctor Luis Eduardo Bermúdez y solicitar nuevas autorizaciones para los procedimientos quirúrgicos.

12. Carta dirigida por el médico Luis Eduardo Bermúdez a Salud Total EPS, el 16 de febrero de 2009, solicitando la autorización para realizar “la reconstrucción del alveolo izquierdo en el paciente GUILLERMO ALBERTO SABOGAL”, a quien él mismo había practicado un “colgajo libre de cresta ilíaca” el 11 de diciembre de 2007. El médico Bermúdez manifestó que: “lo más importante para el paciente es la coordinación estricta del equipo que va a realizar la rehabilitación. En caso de que la EPS no autorice al Dr. Pardo como rehabilitador del paciente debe reasignar a alguien para que se haga responsable del seguimiento del paciente y trabaje coordinadamente conmigo. En caso de no darse esta coordinación la cirugía no se debe realizar, porque el objetivo final es la rehabilitación del paciente”.

13. Acta del 20 de marzo de 2009, en la que se comunicó al accionante la reunión de la junta técnica-quirúrgica de la EPS Salud Total, realizada el 16 de marzo de 2009, en la que se evaluó la “conveniencia de rehabilitación al usuario”. Las conclusiones a las que llegó la EPS y el accionante son:

“1. Salud Total asume el compromiso de intervenir quirúrgicamente al señor Guillermo Sabogal Díaz, de acuerdo al concepto emitido por la junta médica antes citada y compuesta por los siguientes profesionales:

\* Dr. Fernando Briceño, cirujano maxilofacial.

\* Dr. Luis Bermúdez, microcirujano plástico.

\* Dr. Fernando Arias, asistente.

2. De acuerdo al compromiso adquirido en la junta médica Salud Total informa en la presente reunión al usuario que en el transcurso de la próxima semana, ello es entre el 24 y 27 de marzo del año en curso, generará las autorizaciones correspondientes para la reintervención quirúrgica pertinente.

3. El señor Guillermo Alberto Sabogal Díaz, manifiesta aceptar la reintervención quirúrgica con los profesionales antes citados, y acogerse al tratamiento definido por

dichos profesionales y a realizarse por los mismos.

4. Salud Total les pone de presente que la junta realizada por los especialistas expertos tiene toda la validez científica, técnica y jurídica, por lo que de no aceptar por parte del paciente la realización del tratamiento propuesto por los especialistas, las demoras y complicaciones que su renuencia pudieran generar, serán única y exclusivamente responsabilidad del paciente, salvo los casos que obedezcan a causas ajenas a la voluntad de las partes.

5. Ante lo anterior y en esta instancia el señor Guillermo Alberto Sabogal Díaz manifiesta que aceptar la reintervención quirúrgica planteada por la Junta Médica, previa valoración del Dr. Briceño donde se explique claramente el procedimiento, el plan de manejo pre y post quirúrgico y rehabilitación”.

1. Comunicación enviada por el accionante a la Corte Constitucional, el 23 de noviembre de 2009, en la que se manifiesta que la EPS accionada programará la cirugía dentro de los siguientes quince o veinte días posteriores a la comunicación, razón por la cual solicita un pronunciamiento de la Corporación previo a esta fecha, de modo tal que no se consume la vulneración de sus derechos fundamentales.

De los fallos de tutela.

1. En sentencia del 17 de junio de 2009, el Juzgado 25 Civil Municipal de Bogotá negó la tutela promovida por el accionante. Por un lado, porque luego de valorar las pruebas obrantes en el expediente concluyó que la EPS no se está sustrayendo de la obligación de realizar el tratamiento requerido. La entidad nombró un comité médico integrado, entre otros, por un cirujano maxilofacial que determinó el tratamiento que debe llevarse a cabo en el caso del accionante, y este obtuvo la aprobación manifiesta del accionante. Por otro lado, porque el procedimiento solicitado no fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, de modo tal que no se cumplen a cabalidad los requisitos que ha establecido la Corte Constitucional para ordenar la ejecución de tratamientos no incluidos en el POS. Pese a ello, ordenó a la entidad accionada cumplir sin dilaciones lo ordenado por el Juzgado 21 Penal Municipal de Bogotá.

De la impugnación y el fallo de segunda instancia

2. El Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá, conoció de la impugnación interpuesta oportunamente por el accionante, y mediante providencia del julio 21 de 2009 confirmó el sentido de la sentencia de primera instancia. El juez advirtió que el accionante presentó previamente una tutela ante el Juzgado 21 Penal Municipal en Función de Control de Garantías y que este ordenó la autorización de “la totalidad de medicamentos, intervenciones, tratamientos y procedimientos que en adelante requiera el afectado, que se encuentren excluidos del POS o MAPIPOS”. Por lo tanto, correspondía al accionante acudir ante dicho juez para que hiciera cumplir la orden impartida mediante el trámite incidental correspondiente y no promover una nueva acción. Esto, en su concepto, significa que el accionante cuenta con otro medio eficaz de defensa judicial que torna improcedente la presente acción de tutela.

## 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.

Problemas jurídicos

En el presente asunto la Sala debe determinar si vulnera el derecho a la salud y a la vida digna, la falta de asignación oportuna de un especialista en rehabilitación oral y maxilofacial dentro del equipo médico encargado del tratamiento e intervención quirúrgica requeridos por el accionante para la superación de las secuelas de la extirpación de un tumor cancerígeno ubicado en su paladar maxilar superior.

No obstante, antes de abordar la controversia planteada es preciso que la Sala examine la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que el juez de segunda instancia declaró la improcedencia de la misma, debido a que el accionante obtuvo previamente un fallo de tutela a su favor en el que se ordenaba a la EPS garantizar integralmente el acceso a los servicios de salud relacionados con la misma enfermedad.

1. Efectividad de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales y procedencia de nuevas solicitudes de amparo.

1.1 De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene como propósito garantizar “la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas” (énfasis fuera del texto). Este fin se alcanza cuando la orden que profiere el juez para conjurar la amenaza o vulneración de un derecho en el trámite de una acción de tutela es cumplida por las autoridades o personas a quienes va dirigida, en los términos, condiciones y plazos establecidos en la sentencia<sup>1</sup>.

No obstante, cuando la orden judicial no se cumple, se ejecuta apenas parcialmente o no se lleva a cabo de manera oportuna, la efectividad de la acción solo puede predicarse una vez el juez competente hace uso de las herramientas previstas para obtener la cabal ejecución de las órdenes contenidas en el fallo, las cuales sin bien guardan similitudes son plenamente diferenciables y pueden interponerse de manera independiente<sup>2</sup>. La primera de ellas se deriva de lo establecido en los artículos 233 y 274 del Decreto 2591 de 1991. Consiste en el deber general y oficioso que tiene el juez de primera instancia<sup>5</sup> de verificar el cumplimiento de las órdenes contenidas en el fallo de tutela, y en la facultad que le es otorgada para adoptar todas las medidas tendientes a impedir que continúe omitiéndose la ejecución de la sentencia. Aunque este procedimiento es de oficio, también puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

La segunda herramienta, prevista en los artículos 52 y 27 del mencionado Decreto 2591, es el incidente de desacato. Este instrumento disciplinario de creación legal, busca la efectividad de la tutela mediante la determinación de la responsabilidad subjetiva de quien se sustrajo al cumplimiento de la orden, y de la imposición de las sanciones pecuniarias o restrictivas de la libertad personal a que haya lugar. En tanto incidente dentro del proceso de tutela, siempre debe ser promovido a petición de la parte interesada<sup>6</sup>.

1.2 Así las cosas, la Corte ha sido enfática al señalar que la ejecución de las sentencias de tutela debe exigirse usando los dispositivos mencionados, y no mediante el impulso de nuevas y múltiples acciones de tutela de las cuales pueda predicarse la plena

identidad en las partes, los hechos y las pretensiones. Hacerlo de otro modo, puede atentar contra el carácter de cosa juzgada de los pronunciamientos judiciales, generar congestión en el sistema judicial, afectar derechos de terceros e, incluso, convertirse en un abuso desmedido e irracional del recurso judicial<sup>7</sup>.

Por esta razón, en los casos en los que el juez se encuentra frente a la iniciación de una acción de tutela idéntica a otra resuelta previamente por él o por otro funcionario en ejercicio de la jurisdicción constitucional, puede negarla por improcedente<sup>8</sup>. Pero, con el fin de procurar que los derechos fundamentales del actor no queden desprovistos de una inmediata protección, no es suficiente que se desestime el amparo solicitado. Es preciso que el juez ponga en conocimiento de la acción de tutela al juez que resolvió la primera de ellas, de modo que este pueda desplegar las facultades de las que está revestido para velar por el cumplimiento del fallo.

De otro lado, si el juez de conocimiento comprueba que hubo mala fe por parte del accionante en la solicitud del amparo, puede declarar la existencia de temeridad. Al respecto, la Corte se ha pronunciado así: “En efecto, para que sea válida la imposición de una sanción por violar la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable dentro del mismo proceso tutelar, agotar un incidente que permita comprobar la mala fe o la conducta maliciosa del accionante contraria a la moralidad procesal.”<sup>9</sup>

1.3 Como excepción a la regla general de acuerdo con la cual la protección de los derechos fundamentales surgida a propósito de unos supuestos fácticos debe obtenerse mediante el efectivo cumplimiento de una única acción de tutela, la Corte ha encontrado que existen eventos en los cuales una misma situación puede suscitar válidamente varios pronunciamientos judiciales.

De este modo, la Corte ha considerado pertinente el estudio de una nueva acción de tutela: (i) Cuando existe identidad plena en las partes e identidad fáctica parcial, pero se solicita la protección de un derecho fundamental diferente al cual no hizo referencia el juez que falló la primera tutela<sup>10</sup>. (ii) Cuando pese a la identidad en los hechos, la parte accionada es diferente y la primera tutela no hizo ninguna referencia

a ella<sup>11</sup>. (iii) Excepcionalmente, cuando la doctrina de la Corte Constitucional sobre una materia en particular ha cambiado<sup>12</sup>. (iv) Cuando la tutela guarda identidad en las partes, en los derechos y en las pretensiones, pero con posterioridad al primer pronunciamiento de tutela surge un elemento fáctico que implica variaciones sustanciales<sup>13</sup>. (v) Cuando las pretensiones son diferentes o cuando alguna de las solicitadas inicialmente no fue objeto expreso de pronunciamiento por el juez que conoció de la primera tutela<sup>14</sup>.

En virtud de lo anterior, debe la Sala definir si el señor Guillermo Alberto Sabogal Díaz al instaurar la presente acción de tutela incurrió en una actuación temeraria susceptible de ser sancionada de acuerdo con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991. En efecto, previo al análisis de fondo es preciso determinar la procedencia de la acción de tutela, para descartar la conclusión del juez de segunda instancia sobre la improcedencia.

1.4 La Corte reitera que, cuando se instaura una acción de tutela la protección efectiva de los derechos fundamentales implica el cumplimiento de la orden impartida por el juez constitucional en las condiciones de tiempo, modo y lugar por él determinadas. En esa medida, de una parte, el juez cuenta con la potestad de verificar el cumplimiento de su sentencia, y de otra, el accionante puede solicitar la iniciación de un incidente de desacato ante el juez de tutela por el incumplimiento de sus órdenes.

El 16 de mayo de 2007, el Juzgado 21 Penal Municipal en función de control de garantías de Bogotá, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna del accionante y ordenó a Salud Total EPS que autorizara y verificara la realización de los procedimientos:“(i) RECONSTRUCCIÓN DE SEGMENTO DE MAXILAR CON COLGAJO LIBRE DE CRESTA ILIACA CON MÚSCULO OBLICUO, (ii) COLOCACIÓN DE SIETE IMPLANTES DE ÓSEO INTEGRACIÓN DE SUPERFICIE TRATADA, y (iii) REHABILITACIÓN PROSDÓNTICA (oral con coronas metal porcelana), en la (las) institución (es) que cumpla (n) los requisitos para ello, y bajo los parámetros que determinen los especialistas de la salud tratantes del afiliado, para así asegurarle la óptima y eficaz prestación del trascendental servicio de salud. Igualmente -y atendiendo que padece una enfermedad catastrófica-, que autorice la totalidad de medicamentos, intervenciones, tratamientos y procedimientos que en adelante requiera el afectado, que se encuentren excluidos del POS o MAPIPOS”.

De lo anterior, en principio, podría deducirse que lo procedente era instaurar un incidente de desacato para dar cumplimiento a la orden judicial emitida en el 2007, en el sentido de que la EPS, por tratarse de una enfermedad catastrófica, debía autorizar los servicios médicos que requiriera el señor Sabogal Díaz. Sin embargo, la pretensión en la presente acción de tutela es diferente a la cobertura de tratamiento integral dada en el 2007, puesto que lo que solicita el accionante no es la realización de un procedimiento sino el acompañamiento de su médico tratante, quien no se encuentra adscrito a la entidad demandada.

La existencia de una pretensión diversa a las presentadas en la primera tutela, ha sido considerada por la Corte como una excepción a la interposición de una nueva acción de tutela en la cual las partes son idénticas y los antecedentes fácticos similares. En esa medida, es preciso señalar que de acuerdo con la junta médica realizada el 16 de marzo de 2009, SALUD TOTAL confirmó la necesidad de reintervenir al accionante pero no existe pronunciamiento sobre la solicitud de la presencia del rehabilitador oral en la cirugía en esa oportunidad ni durante el trámite de la acción de tutela.

Adicionalmente, se descarta la mala fe por parte del señor Sabogal Díaz al interponer la actual acción constitucional, en tanto es él mismo accionante quien en el relato de los hechos expone el fallo favorable que mediante acción de tutela obtuvo en el 2007 y adjunta copia de la respectiva sentencia.

1.5 En conclusión, para la Corte la improcedencia señalada por el juez de segunda instancia no puede predicarse en este caso porque la orden proferida en el 2007 no comprende la pretensión actual del accionante, a saber, la asignación oportuna de un especialista en rehabilitación oral y maxilofacial dentro del equipo médico encargado del tratamiento e intervención quirúrgica requeridos por el accionante para la superación de las secuelas de la extirpación de un tumor cancerígeno ubicado en su paladar maxilar superior. Por consiguiente, la acción de tutela es procedente, lo que permite a la Sala realizar el estudio de fondo.

1. Reiteración de jurisprudencia. El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud.

2.1 De acuerdo con la sentencia T-760 de 2008, es el médico tratante la persona indicada para determinar los servicios médicos que requiere su paciente para la rehabilitación y tratamiento de la enfermedad que padece: “En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.<sup>15</sup> La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.<sup>16</sup>

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.<sup>17</sup> Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,<sup>18</sup> sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.<sup>19</sup> También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,<sup>20</sup> incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.<sup>21</sup>”

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que

hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios.<sup>22</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo.<sup>23</sup> 24.

2.2 En conclusión, las valoraciones del médico tratante, aunque este no se encuentre adscrito a la EPS, deben ser consideradas como el concepto idóneo a seguir cuando la entidad conoce dicha opinión médica, y no la descarta con base en información científica, teniendo en cuenta la historia clínica de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud. También se obliga a la EPS a reconocer los conceptos médicos de especialistas no adscritos cuando en oportunidades anteriores los ha aceptado o cuando ha admitido al galeno externo como médico tratante del paciente.

### 3. El caso en concreto.

3.1 El señor Sabogal Díaz solicita la participación del doctor Jorge Pardo Abisambra en la reintervención quirúrgica que requiere. Al respecto, es preciso recordar que el doctor Luis Eduardo Bermúdez, especialista en cirugía plástica, señaló en comunicación de 16 de febrero de 2009, dirigida a SALUD TOTAL, lo siguiente: "(...) Lo más importante para el paciente es la coordinación estricta de el (sic) equipo que va a realizar la rehabilitación del paciente (Dr. Jorge Pardo) y el cirujano. Este se debe considerar y tener resuelto desde el principio para no tener problemas posteriores. En caso de que la EPS no Autorice al Dr. Pardo como rehabilitador del paciente debe reasignar a alguien para que se haga responsable del seguimiento del paciente y trabaje coordinadamente conmigo. En caso de no darse esta coordinación la cirugía no se debe realizar, porque el objetivo final es la rehabilitación del paciente."

3.2 De las pruebas que obran en el expediente se desprende con claridad que es indispensable que un especialista en rehabilitación oral y maxilofacial se encuentre presente durante la reintervención que recibirá el accionante. En efecto, el cirujano adscrito a la EPS que estará a cargo de la misma, doctor Luis Eduardo Bermúdez, ha advertido en las comunicaciones remitidas a la EPS que antes de que se realice el

procedimiento debe verificarse una coordinación estricta entre el cirujano y el rehabilitador oral, toda vez que el objetivo final de la cirugía “es la rehabilitación del paciente”. De lo contrario, afirma el doctor Bermúdez, “la cirugía no se debe realizar”<sup>25</sup>. En el mismo sentido se manifestó el coordinador del servicio de cirugía oral y maxilofacial de la Fundación Hospital de la Misericordia en la que se realizó la primera intervención dirigida a extirpar el tumor cancerígeno padecido por el paciente.

3.3 Adicionalmente, a juicio de la Sala, el rehabilitador oral y maxilofacial que debe conformar el equipo tratante del accionante durante la intervención quirúrgica es el doctor Jorge Pardo Abisambra puesto que, aun cuando en la actualidad este especialista no se encuentra adscrito a la EPS accionada, es él quien ha tratado al accionante desde el año 2005, y quien ha determinado, con base en criterios científicos y en el conocimiento suficiente del paciente, los procedimientos que se deben llevar a cabo durante la intervención quirúrgica y el plan posterior que conduzca a la plena rehabilitación física y funcional del paciente.

Así, en primer lugar, el concepto médico y la necesidad de la participación del doctor Jorge Pardo Abisambra fue conocido por la entidad accionada, pero no fue desvirtuada por esta con base en razones científicas que den cuenta de las necesidades específicas del paciente. Observa la Sala que una de las conclusiones de la junta médica realizada el 16 de marzo de 2009 fue que la reintervención quirúrgica estará asistida únicamente por los doctores Luis Eduardo Bermúdez, microcirujano plástico; Fernando Briceño, cirujano maxilofacial; y Fernando Arias, asistente. Es decir, que no se previó la participación de un experto en rehabilitación en la nueva intervención. Del mismo modo, la entidad accionada no respondió en su oportunidad la demanda de tutela que dio lugar al presente pronunciamiento de la Corte. Por esta razón, concluye la Sala que la entidad negó la participación y experticia de este especialista solo por el hecho de que no se encuentra adscrito a su red de profesionales.

Adicionalmente, este proceder de la entidad accionada es uno de los factores que presumiblemente influyó para que la cirugía de “reconstrucción del segmento de maxilar con colgajo libre de cresta ilíaca con músculo oblicuo interno” practicada al accionante el 11 de diciembre de 2007 fracasara, tal como lo anunciaron los médicos que solicitaron entonces la presencia del especialista. En consecuencia, asiste razón al actor

cuando manifiesta su temor de que la entidad accionada no asigne el profesional de la salud requerido para la nueva intervención, de modo que el tratamiento posterior no sea posible.

3.4 De acuerdo con la jurisprudencia expuesta sobre médicos tratantes no adscritos a la EPS, su concepto no es vinculante salvo, entre otras excepciones, que la EPS desconozca la valoración médica externa sin que medie el estudio científico de sus especialistas para descartarla. En este caso la EPS tuvo tal oportunidad en la junta médica realizada el pasado 16 de marzo y notificada al accionante el 20 de marzo de 2009, pero nada se dice sobre la participación del doctor Pardo en la cirugía ni en el proceso de rehabilitación del señor Sabogal Díaz.

La ausencia de este análisis aunado al fracaso de la primera cirugía, como se explicó, hacen procedente la solicitud del accionante para que la EPS permita la participación de su médico tratante como rehabilitador oral y cirujano maxilo facial en aras de garantizar la plena rehabilitación física y funcional del paciente. Por lo tanto, la omisión de la EPS configura una vulneración de los derechos fundamentales del actor a la salud y a la vida digna.

3.5 En virtud de lo expuesto, la Sala revocará las sentencias proferidas por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Guillermo Alberto Sabogal Díaz contra SALUD TOTAL, y en su lugar, concederá la protección invocada de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Por consiguiente ordenará a SALUD TOTAL que suscriba convenio con el doctor Jorge Pardo Abisambra, para que participe en la cirugía del accionante y lo asista en el proceso de rehabilitación hasta lograr que se restablezca su estado de salud.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Guillermo Alberto Sabogal Díaz contra SALUD TOTAL, y en su lugar, CONCEDER la protección invocada de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Segundo. ORDENAR a SALUD TOTAL para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de la presente sentencia, suscriba convenio con el doctor Jorge Pardo Abisambra, para que participe en la reintervención quirúrgica que requiere el accionante y lo asista hasta lograr su plena rehabilitación física y funcional.

Tercero. ADVERTIR a SALUD TOTAL EPS que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por los gastos en que incurra en el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y que no estén cubiertos por el POS, observando para tal fin lo decidido en la sentencia C-463 de 2008.

Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Ver, entre otras, la sentencia T-1113 de 2005.

2 T-458/03

3 Decreto 2591 de 1991. Artículo 23: "Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.// Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenara realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenara su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto."

4 Decreto 2591 de 1991. Artículo 27: "Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.// Si no lo hiciera dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. // Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza."

5 En cuanto a la competencia del juez de primera instancia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza, ver las sentencias T-192/02, T-458/03, entre muchas otras.

6 T-939 de 2005, T-744 de 2003.

7 T-010 de 1992 y T-1198 de 2003.

8 T-210/08, T-1198/03, y T-217/07.

9 La Corte concluyó en sentencia T-184/05 que si bien existía temeridad, era procedente la revocatoria de la multa impuesta a la accionante por considerar que no hay mala fe.

10 T-988A/05

11 T-1303/05, T-662/02, T-883/01.

12 T-009/00

13 T-1034/05.

14 T-812/05, T-707/03, T-1034/05.

15 Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-414 de 2001 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-786 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

16 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela solicitado por un accionante, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-741 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-476 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

17 En la sentencia T-500 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la

frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

18 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

19 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1041 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

20 En la sentencia T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

21 En la sentencia T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

22 En las sentencias T-1138 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-662 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), por ejemplo, la Corte consideró que la órdenes impartidas por

los médicos debían ser acatadas, así no estuvieran adscritos ‘formalmente’ a la entidad acusada, por cuanto ya habían sido tratados como médicos tratantes o hacían parte de su red de contratistas. Se tuvo en cuenta que se trataba de profesionales de la salud reconocidos, que hacían parte del Sistema y habían tratado al paciente al que le habían dado la orden, es decir, conocían su caso.

23 En la sentencia T-151 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), siguiendo lo dispuesto en sentencias tales como la T-835 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), se consideró lo siguiente: “el examen diagnóstico prescrito por el especialista en nefrología pediátrica [al menor], es requerido para determinar el origen de su afección y proporcionar el tratamiento adecuado para ésta, pues los medicamentos y exámenes realizados hasta el momento se han mostrado ineficaces para revelar cuál es la situación específica de salud del niño. [...] Además, la intervención del médico externo al Instituto de Seguro Social fue posterior a que los médicos adscritos a la entidad hubieran atendido, sin resultados satisfactorios al menor. Igualmente, el padre del menor presentó ante el ISS el concepto del médico externo, con el fin de que un médico adscrito lo valorara, pero no recibió ninguna respuesta. [...] Por esta razón, la negativa de la EPS a ordenar la práctica del examen, fundada en que el médico que lo ordenó no se encuentra adscrito a dicha entidad, es violatoria de los derechos fundamentales del menor.” El juez de instancia había negado por que la orden médica la había impartido un médico que no estaba adscrito a la EPS acusada.

24 Sentencia T-760 de 2008.

25 Ver folio 39.

26 Artículo 14