

SENTENCIA T-169 de 2009

Referencia: Expediente T- 2078473

Acción de tutela instaurada por la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas contra Nueva EPS.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jorge Iván Palacios, Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela de única instancia dictado por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales, el día veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas contra el Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES.

Martha Lucía Gutiérrez Vargas interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

HECHOS.

Los hechos que fundamentan la solicitud de amparo son los siguientes:

1.- La actora expresó que se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales, hoy

Nueva EPS, en calidad de cotizante en salud desde el primero (1) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

2.- Informó que en el mes de octubre del año dos mil siete (2007) presentó acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Sociales, hoy Nueva EPS, y la E.S.E Rita Arango Álvarez del Pino pues, tras haberle sido diagnosticada por el médico especialista en otorrinolaringología -Doctor Luis Camilo Gómez A.- una DISOFONIA y una DISFAGIA y haberle ordenado la práctica del examen LARINGOVIDEO ESTROTOSCOPIA, el Instituto de Seguros Sociales le negó la autorización de dicho examen por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

3.- Declaró que, dicho proceso de tutela fue conocido en primera instancia por el Juzgado Cuarto (4) Penal del Circuito de Manizales, quien mediante sentencia proferida el día treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la salud, vida y a la seguridad social de la señora MARTHA LUCÍA GUTIERREZ VARGAS. En consecuencia, SE ORDENA a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD, SEGURO SOCIAL, SECCIONAL CALDAS, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS HÁBILES, contadas a partir del día siguiente al de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar el examen denominado “LARINGOVIDEOESTROBOSCOPIA”.1

4.- Informó que, posteriormente, mediante consulta realizada en el Hospital Infantil Universitario, el día cuatro (4) de julio de dos mil ocho (2008) el médico tratante, Doctor Luis Camilo Gómez, le diagnosticó un QUISTE EN EL PLIEGUE VOCAL IZQUIERDO para lo cual le ordenó la realización de la intervención quirúrgica consistente en la RESECCIÓN DE TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA y la toma del medicamento ACIDO HIOLUROMICO (RETTY LANE TOUCH) por doce (12) días y cuyo valor de ampolla es de cuatrocientos treinta y siete mil ciento cincuenta pesos (\$437.150.00).

5.- Añadió que, el día nueve (9) de julio de dos mil ocho (2008) el Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, a través del médico cirujano Iván Henao Cruz le negó el procedimiento médico de RESECCIÓN DE TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA y el suministro del medicamento ACIDO HIOLUROMICO (RETTY LANE TOUCH) por doce (12) días por encontrarse fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS- .

6.- Por último, agregó que “bajo la gravedad de juramento, manifiesto que ni la suscrita ni mis familiares nos encontramos en capacidad de costear el tratamiento.”²

Solicitud de tutela.

Pruebas aportadas al proceso.

11.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Cuarto (4) Penal del Circuito de Manizales, el día treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), en la que le ordena al Instituto de Seguros Sociales, ahora Nueva EPS, autorizar la práctica del examen médico “LARINGOVIDEOESTROBOSCOPIA” para poder determinar el tratamiento a seguir para controlar la DISOFONIA y DISFAGIA que la accionante sufría.³

- Copia del documento mediante el cual la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas emite su consentimiento informado para la realización del procedimiento quirúrgico de RESECCIÓN DE TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA.⁴

- Copia del Registro individual de prestación de servicios de salud (RIPS) “Procedimientos Quirúrgicos” emitido por el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”.⁵

- Copia de la orden médica, emitida por el Doctor Luis Camilo Gómez A., especialista en otorrinolaringología, en la que se le prescribe el medicamento ACIDO HIOLUROMICO (RETTY LANE TOUCH) # 1 AMPOLLA a la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas.⁶

- Copia de la cotización del fármaco ACIDO HIOLUROMICO (RETTY LANE TOUCH) emitido por la farmacéutica “Condrogas AMIGA” y cuyo valor asciende a cuatrocientos treinta y siete mil ciento cincuenta pesos (\$437.150).⁷

- Copia del Formato de Negación de Servicios de salud y/o medicamentos de la Superintendencia Nacional de Salud, firmado por el médico Iván Henao Cruz y en la que se le niega el procedimiento quirúrgico de RESECCIÓN DE TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA y el medicamento ACIDO HIOLUROMICO (RETTY LANE TOUCH).⁸

Intervención del Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS.

12.- Mediante auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales ofició al Gerente o Representante Legal del Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, para que en el término de dos (2) días rindiera “informe acerca de los motivos (FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO) que justifican la negativa a la realización del procedimiento “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y el suministro del medicamento “ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1” que fueran ordenados para la señora MARTHA LUCÍA GUTIERREZ VARGAS identificada con Cédula de Ciudadanía 30.271.860”⁹

13.- Transcurrido el término para dar cumplimiento al auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), el Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, guardó silencio sobre los hechos relacionados en el escrito de tutela.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Única Instancia. Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales.

14.- El Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales, mediante sentencia proferida el día tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008) negó el amparo a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas al juzgar que como la peticionaria había diligenciado la solicitud de la intervención quirúrgica “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y el suministro del medicamento “ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1 al Instituto de Seguros Sociales y el mismo a partir del primero (1) de agosto de dos mil ocho (2008) se transformó en la Nueva EPS, no había prueba que demostrara que esa nueva entidad hubiese negado la autorización y suministro de los procedimientos y medicamentos requeridos ya que la accionante no ha solicitado la prestación de los servicios de salud a la Nueva EPS.

Así para el despacho, “resulta entonces claro (...) que en ningún momento la Señora MARTHA LUCIA GUTIERREZ VARGAS ha solicitado la prestación de servicios d salud a la NUEVA EPS, bajo esta óptica la EPS accionada no ha violado derecho fundamental alguno de la accionante y por ende la acción impetrada debe necesariamente despacharse de manera negativa como en efecto se hará, sin que sea necesario hacer más consideraciones.”¹⁰

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Once (11), mediante Auto del cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2.- La señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas, interpuso acción de tutela por considerar que sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida han sido vulnerados por parte del instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, al no autorizarle la intervención quirúrgica de “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y suministrarle el medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, necesario para garantizarle el tratamiento integral a su enfermedad.

Por tal razón, solicita se ordene al Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS aprobar el procedimiento de “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y proporcionarle el fármaco ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, tal como se lo prescribió su médico tratante.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, una vez el Juzgado Once (11) Civil Municipal, mediante auto del veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), le solicitó se pronunciara sobre los hechos relacionados en el escrito de tutela, una vez vencido el término de traslado para dar respuesta a la acción, guardó silencio sobre los hechos.

El Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales, mediante sentencia proferida en única instancia, el día tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008), negó el amparo a los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas por considerar que la peticionaria debía diligenciar la solicitud de los servicios médicos requeridos ante la Nueva EPS y no ante el Instituto de Seguros Sociales habida cuenta que para agosto del año dos mil ocho esta última se

transformó en aquélla.

3.- Con fundamento en lo expuesto, encuentra la Sala que el problema jurídico planteado a la Corte es el siguiente: ¿El Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS, desconoce los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas al negarle la práctica de la cirugía “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y proporcionarle el medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch)?

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el derecho fundamental a la salud, (ii) el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, (iii) el suministro de medicamentos e insumos excluidos en Plan Obligatorio de Salud, (iv) analizar el caso concreto.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración de Jurisprudencia.

5.- Conforme al artículo 49 de la Constitución Política de 1991 la atención en salud tiene una doble connotación: por un lado es un derecho constitucional y por otro un servicio público de carácter esencial. Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el derecho a la salud es un derecho complejo, “tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”¹¹ y cuyo cumplimiento exige del Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación en observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación en un principio, entendió que el derecho a la salud no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que “se concretara en una garantía subjetiva”¹² es decir, cuando al ciudadano se le negaba el derecho a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y sus normas complementarias o, cuando en aplicación de la tesis de la conexidad se evidenciaba que su no protección a través del mecanismo de tutela acarrearía a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal.¹³ Y, también consideró que el derecho a la salud era tutelable “en aquellas

situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”¹⁴ en virtud del “principio de igualdad en una sociedad”¹⁵

Sin embargo, este alto Tribunal, en su afán de proteger y garantizar los derechos constitucionales de todos los habitantes del territorio nacional replanteó las subreglas mencionadas y precisó el alcance del derecho a la salud, inspirándose en el principio de la dignidad humana. De tal manera, concluyó que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”¹⁶ pues, “uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” el concepto de “dignidad humana”, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona”¹⁷

Así las cosas, esta Corporación, en aplicación de la premisa anteriormente señalada, dispuso que para proteger de manera directa el derecho a la salud de los ciudadanos, era “artificioso” tener que acudir a la tesis de la “conexidad” y estimó que el mismo era fundamental pues, poseía una relación inmediata “con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”¹⁸.

Sin embargo, no con ello la jurisprudencia constitucional despojó de su connotación prestacional al derecho a la salud, sino que precisó su fundamentalidad con independencia de aquél atributo. Por ello, “resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.”¹⁹

Por consiguiente, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por lo tanto, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la

práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales²⁰.

El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud cuando hay un traslado excepcional de los afiliados de una EPS a otra EPS porque a la primera le ha sido revocada su licencia de funcionamiento o le ha sido ordenada su liquidación. El caso de la Nueva EPS.

6.- Tal como quedó expuesto en líneas anteriores, el derecho a la salud es un servicio público esencial que debe ser prestado por el Estado y por las entidades privadas que para tal efecto se creen con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme lo dispone el artículo 49 de la Constitución.

En aplicación de dichos postulados constitucionales, la Ley 100 de 1993, en su artículo 153, numeral 9° contempló como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud la calidad y estableció que “El Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua, y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.”

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que “la eficiencia en la prestación de los servicios públicos está ligada al principio de continuidad, el cual supone que la prestación del servicio sea ininterrumpida, permanente y constante; y con ello, en aras de proteger los derechos fundamentales, el juez constitucional está en el deber de impedir que controversias de tipo contractual, económico o administrativo “permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”²¹ (negrilla fuera de texto)

Precisamente, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, en cumplimiento del mandato legal contenido en el precepto anteriormente citado y de

la jurisprudencia constitucional, expidió el Decreto 055 de 2007 “Por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” en cuyo artículo 1° señala como objetivo el “establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud. Igualmente aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional, y aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria.”

De igual forma, es importante resaltar que el Decreto 055 de 2007 al hacer mención sobre los mecanismos de traslado excepcional de los afiliados²² dispone en su artículo 4°, numeral 2° que “ La Entidad Promotora de Salud objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria, decidirá a cual o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o en donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá adoptar y comunicar a la Entidad receptora, en un término máximo de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria, o de ordenada la intervención para liquidar, o de proferida la orden de supresión o liquidación voluntaria, plazo en el cual implementará los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados.”, y en su numeral 3° determina que “Las Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria.”

De la lectura de los preceptos normativos citados, se concluye que el legislador colombiano quiso garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud a los afiliados independientemente de que las Entidades Promotoras del régimen contributivo sean intervenidas para su liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, o les sea revocada su autorización de funcionamiento o se les ordene su supresión o liquidación por parte del Gobierno Nacional o se disponga su liquidación voluntaria, pues dichos procesos se deben desarrollar sin solución de continuidad en la prestación de los servicios de salud para garantizarles a los usuarios sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y a la dignidad humana.

Por ello, es que esta Corte ha sido enfática sobre el particular y ha establecido que “la decisión de cambio de Empresa Promotora de Salud no afecta la continuidad del servicio público de salud, como quiera que le corresponde prestar la atención médica a la EPS que se retira el trabajador, hasta el día anterior a la vigencia de la nueva relación contractual”²³; y ello porque “la continuidad del servicio se protege no solamente por el principio de eficiencia. También por el principio consagrado en el artículo 83 de la C.P: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Esa buena fe sirve de fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado”²⁴

Por consiguiente, sea cual fuere la causa de interrupción en la prestación de los servicios de salud, en virtud del principio de continuidad el juez de tutela debe garantizar su suministro para impedir que las Entidades Promotoras de Salud desconozcan la responsabilidad social que tienen con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

7.- Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación de la EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS- y la creación de la Nueva EPS es importante hacer las siguientes precisiones.

Mediante resolución 028 de 2007, confirmada a su vez por la Resolución 263 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales por considerar que incumplía con el margen de solvencia

necesario para proteger al grupo poblacional afiliado a dicha Entidad Promotora de Salud y, de esa manera, ponía en riesgo la prestación del servicio de salud con observancia de los principios de oportunidad, continuidad y calidad.²⁵

Ante ello, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 371 de 2008, autorizó el funcionamiento de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. -NUEVA EPS- como Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud; entidad que fue constituida como una sociedad comercial de naturaleza anónima y carácter privado, creada por la voluntad de sus accionistas mediante escritura pública No 753 de la Notaría 30 de Bogotá, el día veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007) y registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el día treinta y uno (31) de mayo de ese año.

La Nueva EPS está conformada por (i) las cajas de compensación familiar: CAFAM, COLSUBSIDIO, COMFANDI, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE y COMPENSAR quienes tienen el 50% más una (1) acción de participación de capital privado y, (ii) LA PREVISORA VIDA S.A., hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, cuya participación es del 49,9982 % de capital público y, tiene un objeto social que no es comercial, ni industrial ni de economía mixta sino la prestación del servicio público de salud.

En relación con la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales ha de señalarse que en aplicación del Decreto 055 de 2007, el Gobierno Nacional ordenó el traslado a prevención²⁶ de sus usuarios afiliados y diseñó una estrategia para enfrentar las eventualidades de las decisiones a adoptar en el CONPES 3456 de 2007. En dicho documento, se dejó expresa constancia de la importancia de mantener el aseguramiento público con una empresa competitiva y garantista de una mayor calidad en la prestación del servicio, para lo cual se previó la necesidad de que no fuera una EPS de las autorizadas para ese momento, sino una nueva EPS, la que debía constituirse en la EPS receptora de los afiliados de la EPS del Instituto de Seguros Sociales -ISS- y se acordó que aquélla fuera, únicamente, la Nueva EPS Promotora de Salud S.A -NUEVA EPS S.A.-.

En cumplimiento de lo anterior, la NUEVA EPS S.A. asumió la afiliación de los usuarios de la

EPS del Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde el primero (1) de agosto de dos mil ocho (2008), para el aseguramiento de ésta población y de la que posteriormente se afilie al Sistema General de Seguridad Social en Salud para el régimen contributivo.

Con ello, es evidente que a lo largo de todo el proceso de revocatoria de la autorización de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS- ISS-, su liquidación y posterior creación de la NUEVA EPS S.A., el Gobierno a través de la Superintendencia Nacional de Salud, procuró que dicho procedimiento no afectara la prestación de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales -ISS- y, por eso, en aplicación del Decreto 055 de 2007, la sustitución fue sin solución de continuidad. Dicho de otra manera, si bien es cierto que la NUEVA EPS S.A. es una entidad totalmente diferente de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, en lo referente a la prestación de los servicios de salud se hizo una ficción jurídica, en aplicación del Decreto 055 de 2007, para que la diferencia existente entre la Entidad Promotora liquidada y la Entidad Promotora receptora no afectara la atención en salud de los usuarios.

Por consiguiente, al juez de tutela no le es dado negar el amparo solicitado por los afiliados y beneficiarios de la antigua EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS-, hoy Nueva EPS S.A., con el argumento de que la solicitud del servicio medico o medicamento requerido que se había radicado ante aquélla, se debe presentar nuevamente ante la Nueva EPS, pues como quedó demostrado a lo largo de esta parte considerativa, todo el proceso de liquidación de la EPS del Instituto de Seguros Sociales²⁷ se llevó a cabo con plena observancia del principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud a través de la aplicación del Decreto 055 de 2007 y de la jurisprudencia que al respecto ha desarrollado esta Corporación²⁸

Suministro de medicamentos e insumos excluidos en Plan Obligatorio de Salud. Reglas sobre la inaplicación de las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

8.- Esta Corte ha señalado en múltiples ocasiones que la exclusión de algunos procedimientos, servicios y medicamentos de del Plan Obligatorio de Salud se debe a

que, en aplicación de los principios de universalidad y solidaridad, es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendidos al subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados²⁹.

Sin embargo, este Tribunal también ha señalado que ello no es una regla de aplicación absoluta y que es labor del juez constitucional entrar a determinar en cada caso concreto, cuándo la aplicación estricta de los reglamentos del Sistema de Seguridad Social en Salud y las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, pueden conllevar al desconocimiento de la finalidad del Sistema y la violación de un derecho fundamental. Se trata, en últimas, de resolver la tensión existente entre la efectividad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social (artículo 48 de la Constitución Política), que justifican la delimitación de las responsabilidades de naturaleza prestacional a cargo de las entidades promotoras de salud y la debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio.

En aplicación de esa racionalización del Sistema, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado reglas de inaplicación de las normas del Plan Obligatorio que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios. Así, ha señalado que para poder determinar tal exclusión ha de verificarse por parte del juez:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 30

Por consiguiente, si bien es cierto que las exclusiones realizadas al Plan Obligatorio de Salud están orientadas a garantizar la prestación del servicio a un mayor número de pobladores en el territorio colombiano, en aplicación de los principios constitucionales de universalidad y solidaridad, también lo es que el juez de tutela debe ponderar cada caso en particular y según las circunstancias que lo rodean, fallar teniendo en cuenta la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Del caso en concreto.

6.- Con base en los planteamientos trazados en los acápites anteriores, la Sala Octava de Revisión constata que todo el proceso de liquidación de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, así como de creación de la Nueva EPS S.A. se dio con plena garantía del derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios, en la medida en que no hubo una interrupción en la prestación de los servicios de salud sino, todo lo contrario, se garantizó su continuidad, no obstante ser la Nueva EPS S.A. una entidad totalmente distinta de la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS-. Por ello, no le cabe razón al juzgador de instancia el haber negado el amparo solicitado por la accionante, por considerar que ella ha debido gestionar nuevamente la autorización de la intervención quirúrgica de “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y el suministro del medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, pues ello desconoce el Decreto 055 de 2007 y específicamente la letra del artículo 4° del Decreto 781 de 2008 y la jurisprudencia constitucional sobre el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud.

Ahora bien, si bien es cierto que la entidad accionada no se pronunció sobre los hechos que motivaron la acción de tutela, lo cierto es que la entonces EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS- le negó a la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas la autorización de la cirugía "RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA" y el suministro del medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, por no estar incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS-31. Por ello, esta Sala considera pertinente analizar si el caso concreto encuadra dentro de los parámetros que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud.

Así las cosas, es evidente que la no autorización de la intervención quirúrgica "RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA" y el no suministro del medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1 puede acarrear graves consecuencias a la integridad física y a la vida de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas ya que, se trata de una masa extraña que ha crecido en su laringe, la cual puede ser maligna (para establecer si el tumor es o no maligno es necesario extraerlo y realizar una biopsia) y producirle la muerte.

Por otro lado, como quiera que la Nueva EPS S.A. no se pronunció acerca de si dicha intervención quirúrgica, así como el medicamento prescrito, se podían suplir con otro procedimiento y fármaco incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, la Sala entiende que tanto la RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA como el ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, no tienen un equivalente o similar en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

En relación con la capacidad económica de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas para costear el valor de la cirugía, así como del medicamento, la Sala, en aplicación del artículo 83 Constitucional, encuentra que la accionante no cuenta con los suficientes recursos económicos para costear el valor del tratamiento (RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA como el ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1) pues, en el escrito de tutela manifiesta tal circunstancia y anexa una copia de la cotización del valor de una (1) ampolla del ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch), por un monto de cuatrocientos treinta y siete mil pesos (\$437.150)³².

Por último, en el expediente obran pruebas suficientes de que el médico tratante de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas, y quien ordenó la RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA y el medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, es un galeno perteneciente a la extinta EPS del Instituto de Seguros Sociales -EPS-ISS-, hoy Nueva EPS S.A.³³

Por consiguiente, esta Sala revocará la decisión tomada por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales y, en su defecto, ordenará a la Nueva EPS S.A. la autorización de la cirugía RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA y el suministro del medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, para garantizarle la integridad física, la salud y vida de la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo de única instancia, proferido por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Manizales el día tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008) dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Martha Lucía Gutiérrez Vargas contra la Nueva EPS S.A. y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, salud y seguridad social de la señora MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ VARGAS.

Segundo: ORDENAR al representante legal o gerente regional de la Nueva EPS S.A. que en el término de ocho (8) días calendario, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la realización de la intervención quirúrgica “RESECCIÓN TUMOR LARINGE ENDOSCOPIA” y el suministro del medicamento ACIDO HIALURÓNICO (Restylane Touch) Ampolla No 1, tal como fue prescrito por su médico tratante.

Tercero: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 11.

2 Cuaderno 1, folio 4.

3 Cuaderno 1, folios 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

4 Cuaderno 1, folios 15, 16 y 16.

5 Cuaderno 1, folio 17 y 18.

6 Cuaderno 1, folio 19.

7 Cuaderno 1, folio 20.

8 Cuaderno 1, folio 21.

9 Cuaderno 1, folio 22.

10 Cuaderno 1, folio 34.

11 Corte Constitucional. Sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

13 Y ello se entendió así porque, tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos -derechos fundamentales-, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional -derechos de segunda generación- para cuya realización es necesario de una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho -de segunda generación- conllevaba a su vez el desconocimiento de un derecho fundamental. Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007. En su más reciente pronunciamiento (T-760 de 2008) esta Corte despejó cualquier manto de duda sobre la fundamentalidad del derecho a la salud al señalar que “Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”

20 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2005.

22 Decreto 055 de 2007, artículo 2º: “Mecanismos de traslado excepcional de afiliados. Para garantizar la continuidad en el aseguramiento y la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud en el régimen contributivo, teniendo en cuenta el número de afiliados, en las Entidades Promotoras de Salud a las que se les revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, o sean objeto de intervención para liquidar, o se les haya ordenado la supresión o liquidación, o se haya dispuesto la liquidación voluntaria, se establecen dos mecanismos excepcionales de traslado de afiliados: afiliación a prevención o afiliación por asignación que se definen en el presente Decreto.

La Superintendencia Nacional de Salud al resolver sobre la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo o la intervención para liquidar, o la autoridad al ordenar la liquidación de las entidades promotoras de salud públicas o de las entidades adaptadas, o el organismo competente que disponga la liquidación voluntaria, debe evaluar y ordenar la aplicación de uno de los mencionados mecanismos de traslado, según se considere adecuado para la garantía de la continuidad en la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud.” (negrilla fuera de texto)

23 Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2005.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-993 de 2002.

25 Superintendencia Nacional en Salud. Resolución 263 del 26 de mayo de 2007.

26 El traslado a prevención fue regulado inicialmente por el Decreto 055 de 2007 el cual fue modificado parcialmente por el Decreto 2713 del mismo año, el cual fue a su vez, modificado parcialmente por el Decreto 781 de 2008, quedando regulado en los siguientes términos: Artículo 4º: “PROCEDIMIENTO PARA LA AFILIACIÓN A PREVENCIÓN: Para el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención se seguirán las siguientes reglas:

1. En el acto administrativo que revoca la autorización de funcionamiento para

administrar el régimen contributivo, en la decisión de intervención para liquidar, en la decisión de suprimir o liquidar una entidad pública o en la decisión de liquidación voluntaria, debe constar que se adopta el mecanismo de traslado excepcional de afiliación a prevención.

2. La Entidad Promotora de Salud objeto de la revocatoria de autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria, decidirá a cuál o cuáles Entidades Promotoras de Salud públicas o donde el Estado tenga participación, se deben trasladar los afiliados, decisión que deberá adoptar y comunicar a la Entidad receptora en un término máximo de once (11) meses, contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto de revocatoria, o de ordenada la intervención para liquidar, o de proferida la orden de suspensión o liquidación voluntaria, plazo en el cual implementará los mecanismos para realizar las actividades, procedimientos e intervenciones de salud que se encuentren aún pendientes y autorizados. (..)

3. El traslado a la Entidad Promotora de Salud receptora, se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la decisión que resuelva a qué Entidad se hace el traslado. (...)

4. La Entidades Promotoras de Salud receptoras deberán garantizar la prestación de los servicios de salud a los afiliados, a partir del momento en que se haga efectivo el traslado conforme lo señalado en el inciso segundo del numeral anterior. Hasta tanto, la prestación será responsabilidad de la Entidad objeto de la medida de revocatoria de autorización de funcionamiento, intervención para liquidar, supresión o liquidación voluntaria.

5. Para garantizar la libre elección en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tan pronto el traslado se haga efectivo, la Entidad o Entidades Promotoras de Salud receptoras de los afiliados trasladados, deberán informarles, como mínimo dos veces dentro de los cinco (5) días calendario siguientes contados a partir del traslado efectivo, en un medio de comunicación de amplia circulación en los lugares en que cumple funciones de aseguramiento, que disponen de cuarenta y cinco (45) días calendario, a partir de la publicación del último aviso, para ejercer el derecho de libre escogencia de

otra Entidad Promotora de Salud.

Vencido el término antes señalado sin que los afiliados hayan ejercido el derecho a la libre escogencia, sólo podrán ejercerlo nuevamente, una vez cumplan con el período mínimo de permanencia exigido por las disposiciones legales vigentes, en la Entidad Promotora de Salud a la cual fueron trasladados.”

27 Es importante aclarar que el Gobierno Nacional, a través de la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó la revocatoria de funcionamiento en la prestación de los servicios de salud a la EPS del Instituto de Seguros Sociales y no a la administradora de pensiones del Seguro Social. Es decir, el Seguro Social sigue funcionando como una entidad encargada de la administración de los recursos que los cotizantes a pensiones hagan, así como también, del pago y reconocimiento de dichas prestaciones a sus afiliados.

28 Concepto emitido por la Secretaria General Jurídica de la Nueva EPS S.A., Doctora Adriana Zambrano Muñoz.

29 Cfr. Corte constitucional T-236 de 1998.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999 y Sentencia T-237 de 2003.

31 Cuaderno 1, folio 21.

32 Cuaderno 1, folio 20.

33 Cuaderno 1, folios 17, 18 y 19.