

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Objeto/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

La Sala considera procedente la acción de tutela en este caso concreto, al no resultar eficaz el mecanismo de la entidad administrativa, puesto que al haber transcurrido alrededor de nueve meses entre la instauración de la tutela y el conocimiento del caso en sede de Revisión en la Corte Constitucional, será desproporcionado sugerir a la accionante que inicie un nuevo trámite ante la Superintendencia.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales

Se recogen las subreglas que serán aplicadas respecto al requisito de subsidiariedad en la evaluación de procedibilidad de la acción de tutela: (i) la existencia del mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud no modifica en manera alguna las reglas de subsidiariedad que ha venido desarrollando la Corte. En particular, es necesario precisar que la idoneidad y eficacia del mecanismo seguirá siendo evaluada respecto al caso concreto; y (ii) en instancia de revisión ante la Corte Constitucional, es desproporcionado remitir al accionante en condición de vulnerabilidad ante la Superintendencia Nacional de Salud.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias

La diferencia entre cirugías exclusivamente estéticas y funcionales, hace que en el segundo caso tales procedimientos puedan ser solicitados por los usuarios a sus respectivas

EPS. La Corte ha manifestado que, para que estas entidades puedan negar la realización de procedimientos funcionales, éstas deberán demostrar bajo conceptos médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no Funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social. En razón, al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Plazo razonable

OPORTUNIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Obligación de las EPS

DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS practicar cirugía

REEMBOLSO DE GASTOS MEDICOS-Orden a EPS reembolsar gastos de transporte, estadía y alimentación de paciente y acompañante, causados con ocasión de procedimiento practicado

Referencia: Expedientes acumulados T-5.987.325, T-6.001.403 y T-6.006.543

Expediente T-5.987.325

Acción de tutela instaurada por Berly del Carmen Torres Rodríguez contra Coomeva EPS.

Expediente T-6.001.403

Acción de tutela instaurada por Yalis Jazmín David Cortez contra Cafesalud EPS.

Expediente T-6.006.543

Acción de tutela instaurada por María Eugenia Zapata de Gil, agente oficiosa de Aldo Alexis Gil Zapata, contra Cafesalud EPS.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez, y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

En el proceso de revisión de fallos de tutela dictados dentro de los asuntos de la referencia, los cuales fueron seleccionados para revisión y acumulados por medio del Auto del 28 de febrero de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Dos.

Expediente T-5.987.325

Revisión del fallo del 24 de agosto de 2016, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia), que resolvió la acción de tutela promovida por Berly del Carmen Torres Rodríguez contra Coomeva EPS.

Expediente T-6.001.403

Revisión del fallo del 22 de septiembre de 2016, del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia), que decidió la acción de tutela instaurada por Yalis Jazmán David Cortez contra Cafesalud EPS.

Expediente T-6.006.543

Revisión del fallo del 28 de julio de 2016, emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia), que decidió la tutela presentada por la señora María Eugenia Zapata de Gil, agente oficiosa de su hijo, Aldo Alexis Gil Zapata, contra Cafesalud EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.987.325

1. Hechos y acción de tutela instaurada

1. El 9 de diciembre de 2015, la accionante fue diagnosticada con un nódulo tiroideo por su médico tratante, perteneciente a la EPS. Afirmo que con el fin de paliar los dolores que le produce esta enfermedad, debe tomar medicamentos y practicarse una cirugía denominada "lobectomía tiroidea total o parcial".

1. Agrega que, a pesar de haber solicitado en reiteradas ocasiones la práctica de tal procedimiento y contar con las respectivas autorizaciones, no han programado su realización. Señala que su insistencia no ha recibido respuesta alguna y, por el contrario, ha tenido que seguir esperando.

1. El 19 de agosto de 2016, la señora Berly del Carmen Torres Rodríguez instauró acción de tutela contra de Coomeva EPS, al considerar que vulnera sus derechos a un "adecuado nivel de vida", a la igualdad, dignidad humana y la vida en conexión con la salud y la seguridad social, por su renuencia a practicarle la cirugía "lobectomía tiroidea total o parcial" ordenada por el médico tratante.

1. Concretamente, solicita que el juez de tutela ordene la práctica de la cirugía, en tanto un médico especialista ha definido que se trata de un procedimiento funcional.

1.2 Acciones adelantadas dentro del trámite de tutela

El conocimiento del proceso de tutela correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia), autoridad que mediante Auto del 24 de agosto de 2016, admitió la

tutela y notificó a la EPS accionada. Esta, sin embargo, guard  silencio frente al caso, según constancia del 01 de septiembre de 2016 del Juzgado de instancia.

1.3 Decisión objeto de revisión

Con base en las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, el Juzgado decidió declarar improcedente la acción de tutela, por considerar que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud son un mecanismo expedito y eficaz para tramitar ese tipo de reclamaciones. Agreg  que la accionante tampoco demostró el acaecimiento de un perjuicio irremediable, de manera tal que su reclamación pudiera ser tramitada vía tutela, basándose para ello en la sentencia T-603 de 2015.

1.4 Pruebas que obran en el expediente

* Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Berly del Carmen Torres Rodríguez.

* Copia de la autorización de servicios de salud expedida por Coomeva EPS, para la intervención â€œTiroidectom a subtotal que incluye lobectomía tiroidea total o parcialâ€, del 31 de mayo de 2016.

* Copia del diagnóstico de â€œn dulo tiroideo izquierdoâ€ del 9 de diciembre de 2015.

2. Expediente T-6.001.403

2.1 Hechos y acción de tutela instaurada

2.1.1 La accionante, ha sido diagnosticada con â€œdiabetesâ€ y con el â€œS ndrome de Cushingâ€, patología a razã de la cual le practicaron al menos tres procedimientos quirúrgicos entre los años 2012 y 2013.

2.1.2. Afirma que esta enfermedad afecta gravemente su calidad de vida pues no puede

trabajar ni desplazarse por sus propios medios, y le causa frecuentes hospitalizaciones.

2.1.3. Agrega que los procedimientos quirúrgicos practicados le produjeron la pérdida de 25 kilogramos de peso, lo que ha provocado que en la actualidad tenga “exceso de piel” o “colgajos” que le causan irritaciones e intertrigo, razón por la cual el médico especialista de la EPS, Víctor Raúl Restrepo Cano, le ordenó la práctica de una “abdominoplastia postbariátrica”.

2.1.4. Según lo manifestado en la acción, la EPS Cafesalud “anuló” la solicitud de cirugía, argumentando que debe aportar el concepto de, mínimo, tres especialistas que avalen que se trata de una cirugía funcional y no cosmética. No obstante, tal respuesta no contiene ningún distintivo o firma, característico de una respuesta oficial de la EPS, situación que también advirtió la accionante.

2.1.5. El 08 de septiembre de 2016, la señora Yalis Jazmán David Cortez, instauró acción de tutela contra Cafesalud EPS, al considerar que estaba vulnerando sus derechos a la salud y a la dignidad humana, al dilatar la orden de “cirugía de abdominoplastia.”

2.1.6. Al respecto, la accionante solicitó que se ordenara a la EPS la programación de la cirugía mencionada, en consideración a los cuatro años que llevaba padeciendo diferentes afectaciones a su salud.

2.2 Acciones adelantadas dentro del trámite de tutela

El 09 de septiembre de 2016, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó “Antioquia, admitió la acción de tutela instaurada por la señora Jazmán David. En consecuencia, ordenó la notificación a la EPS Cafesalud y le concedió un plazo de dos días para que enviara su respuesta, solicitando además que aportara “(¡)” copia del expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto.”

2.3 Intervención de la parte accionada

Dentro del término establecido, la EPS Cafesalud no dirigió respuesta alguna al juzgado en este asunto.

Mediante fallo del 22 de septiembre de 2016, el juez de instancia declaró³ la improcedencia de la tutela, luego de hacer el análisis sobre su carácter residual, frente a la existencia de las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud para solucionar este tipo de controversias,¹ y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-603 de 2015, sobre la idoneidad y eficacia de tal recurso judicial.

2.5 Pruebas que obran en el expediente

* Fotocopia del documento de identidad de la señora Yalis Jazmín David Cortez.

* Copia de la historia clínica de la accionante.

* Copia del concepto del especialista Víctor Raúl Restrepo Cano, en el que solicita a la EPS Cafesalud, autorización para el procedimiento quirúrgico “abdominoplastia postbariátrica” expedida el 2 de junio de 2016.

* Copia de la solicitud y justificación de “servicio médico o prestación no pos”, con fecha del 2 de junio de 2016.

* Copia de anulación de solicitud.²

3. Expediente T- T-6.006.543

3.1 Hechos y acción de tutela instaurada

3.1.1 Según lo plantea la agente oficiosa en el escrito de tutela, su hijo Aldo Alexis Gil Zapata, de 34 años de edad, ha padecido durante muchos años³ quebrantos de salud, que derivaron en “insuficiencia renal crónica, diabetes mellitus insulino dependencia y

necrosis arterial.â€

3.1.2. Para el día 19 de julio de 2016, Aldo Gil llevaba siete días de haber ingresado a la IPS Clínica Apartad³, con “ necrosis vascular, insuficiencia renal crónica y diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones circulatorias periféricas ”,4 situaciones que, según manifiesta la agente oficiosa con base en la orden del médico tratante, requerían de la práctica de una cirugía en la ciudad de Medellín.5

3.1.3. Pese a lo anterior, según la accionante, la EPS no había autorizado el traslado, argumentando que no encontraba disponibilidad en el lugar al cual debía trasladar al paciente.

3.1.4. El 19 de julio de 2016, la señora María Eugenia Zapata de Gil, actuando como agente oficiosa de su hijo Aldo Alexis Gil Zapata, instauró acción de tutela en contra de Cafesalud EPS, al considerar que dicha entidad estaba vulnerando al agenciado los derechos a la vida, la salud y la seguridad social, así como a la igualdad y la dignidad humana del señor Gil, por no proceder a practicarle la cirugía requerida, proporcionarle un tratamiento integral, ni costear los gastos de transporte del afectado y una acompañante hasta la ciudad de Medellín.

3.1.5. En consecuencia, la agente solicitó al juez de tutela que ordenara la práctica de la cirugía de manera inmediata, que le proporcionaran un tratamiento integral de acuerdo con lo ordenado por el médico tratante,6 y que costearan los gastos de transporte a cualquier ciudad diferente para el paciente y una acompañante, cuando debieran practicarle tratamientos o cirugías, con el fin de salvaguardar la vida, salud e integridad de su hijo.

3.2 Acciones adelantadas dentro del trámite de tutela

Mediante constancia del 7 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartad³ “ Antioquia, señaló que la acción de tutela carecía de firma por parte de quien la presentó, que se utilizaron todos los medios disponibles para contactar a la agente oficiosa y que no fue posible lograrlo.

En todo caso, a través de Auto del 19 de julio de 2016, el Despacho admitió la acción de tutela y vinculó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, dándoles un plazo de tres

días para allegar sus respuestas y pruebas, una vez notificados. Adicionalmente, como medida provisional, motivada en las condiciones de necrotización de una de las extremidades del afectado, el Juzgado ordenó realizar la remisión urgente, inmediata y sin dilaciones, para que le fuera practicada la cirugía intravascular.

Por constancia secretarial del 27 de julio de 2016, el Despacho puso de manifiesto que, tanto la EPS Cafesalud, como la vinculada, no dieron respuesta a la acción.

3.3 Decisión objeto de revisión

Mediante fallo del 28 de julio, la juez de primera instancia declaró la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de protección del derecho, ante el inminente acaecimiento de un perjuicio irremediable para el afectado. En consecuencia, ordenó a la EPS la remisión del paciente para que le fuera realizado el procedimiento prescrito por el médico tratante; autorizó a Cafesalud para que en el caso que debiera suministrar tratamientos o procedimientos fuera del POS, repitiera contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; ordenó brindar el tratamiento integral requerido, así como el transporte para tratamientos en otras ciudades; pero negó el suministro de gastos de hospedaje y alimentación.

No obstante, al tratarse de una procedencia de carácter transitorio, le dio un plazo de hasta cuatro meses a la agente oficiosa para que interpusiera la acción correspondiente ante la Superintendencia de Salud.

* Copia de la historia clínica de Aldo Gil Zapata desde julio 12 de 2016.

II. TRÁMITE ADELANTADO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, los expedientes fueron remitidos a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección Número Dos, en Auto del 28 de febrero de 2017, seleccionó los referidos y sugirió su acumulación. Al evaluar los casos, el Magistrado Sustanciador avaló dicha acumulación, por encontrar que las circunstancias fácticas y pretensiones guardaban congruencia y, en consecuencia, podrían ser tratados a través de un solo fallo.

Una vez revisadas las pruebas contenidas en los tres expedientes, y con el objeto de contar con más elementos de juicio para fallar, el Despacho, mediante Auto de 21 de junio de 2017, emitido por la Magistrada Sustanciadora, ordenó comunicaci3n telef3nica con la agente oficiosa en el caso del expediente T-6.006.543, para actualizar la informaci3n sobre lo ocurrido con posterioridad a la instauraci3n de la acci3n de tutela.

Del contenido de la informaci3n suministrada por la agente oficiosa, se dej3 constancia en el expediente.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisi3n, de conformidad con lo establecido en los art3culos 86 y 241, numeral 9, de la Constituci3n Pol3tica, en los art3culos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selecci3n N3mero Dos de esta Corporaci3n, que decidi3 seleccionar los expedientes de la referencia para su revisi3n.

De manera preliminar, debe determinarse si la acci3n de tutela promovida dentro de los tres expedientes cuyos fallos se revisan cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, es necesario establecer si satisfacen las exigencias de legitimaci3n en la causa, tanto por activa como por pasiva, subsidiariedad e inmediatez.

2. Legitimaci3n en la causa

La jurisprudencia ha definido la legitimaci3n como la posibilidad de actuar como parte en un proceso determinado. Dependiendo de la parte procesal de la que se hable, habr3 legitimidad por activa o por pasiva. La primera, hace referencia a qui3n puede interponer la acci3n, mientras que la segunda, se refiere a la persona o personas que pueden ser jur3dicamente accionados.

En sentencia T-176 de 2011, se define la legitimaci3n por activa como aquel que tiene la "titularidad para promover la acci3n, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acci3n de tutela, tenga un inter3s directo y particular respecto de la

solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro. Entre tanto, el agente legitimado por pasiva, es la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material.⁷

3. Agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona podrá ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que se vean lesionados o amenazados por cualquier autoridad pública y, en ciertas ocasiones, por la actuación u omisión de los particulares. Adicionalmente, esa disposición señala que la acción de tutela puede ser presentada por quien se vea directamente afectado o por alguien actuante en su nombre.

A su vez, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone que el amparo constitucional puede ser instaurado (i) directamente por la persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) mediante agente oficioso, cuando el interesado no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; (iv) por el defensor del pueblo; o (v) por los personeros municipales.

Como se puede apreciar, la reglamentación de la acción de tutela prevé varias hipótesis sobre cuándo y bajo qué circunstancias, acciones presentadas por terceros en representación del sujeto principalmente activo están llamadas a prosperar.

La agencia oficiosa⁸ permite que, un tercero que, en principio no tiene interés sobre el asunto, cumpliendo con ciertos requisitos, pueda instaurar acciones de tutela en favor de personas que, como se verá, no pueden defenderse por sí mismas. Su propósito es desarrollar los principios constitucionales de supremacía constitucional y de eficacia de los derechos fundamentales y solidaridad social, al igual que permitir el acceso a la administración de justicia.

No obstante, la anterior posibilidad no es absoluta. A pesar de cumplir con fines constitucionalmente legítimos, esta Corporación ha fijado límites para evitar que, sin

justificación alguna, cualquier persona pueda actuar en nombre y representación de otra alterando el orden constitucional y la finalidad misma de la agencia oficiosa.

En este contexto, la Corte ha afirmado que el ejercicio de la agencia oficiosa solo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos⁹

En el mismo sentido, esta Corporación ha resaltado como elementos de la agencia que, en primer lugar, debe manifestarse que [se] actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien [se] actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca “puede ser por medio de una prueba sumaria-. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, cuando ello sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela.”¹⁰

4. Requisito de inmediatez en la instauración de la acción de tutela

Como no es atribuible a la inmediatez un lapso de tiempo específico o único, será el juez de tutela el encargado de determinar, con base en las particularidades del caso, cuál es el plazo razonable y, en consecuencia, si un proceso determinado cumple tal requisito.¹⁴

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la inmediatez es el transcurrir de un plazo razonable entre la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y la instauración de la acción de tutela. No obstante, la Corte ha reconocido tres casos en los cuales este principio debe ser valorado de manera más flexible, a saber: (i) acaecimiento de un hecho catalogado como fuerza mayor, caso fortuito o similar¹⁵; (ii) que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo¹⁶; o (iii) que exigir un plazo razonable sea una carga desproporcionada, si se tiene en cuenta la condición de vulnerabilidad del accionante.¹⁷

5. Carácter subsidiario de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

A pesar de ser un mecanismo preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales,¹⁸ la acción de tutela tiene un carácter subsidiario que, en principio, se evalúa con relación a la existencia de otros mecanismos judiciales que tengan competencia para decidir el asunto objeto de reclamación. En otros términos, la tutela es, por regla general, improcedente cuando el accionante puede solicitar la protección de sus derechos a través de otros tipos de acciones constitucionales, o a través de jurisdicciones diferentes a la constitucional.

No obstante, esta regla general encuentra dos excepciones, que se originan al reconocer que la mera existencia de otros mecanismos no necesariamente garantiza, por sí misma, la protección eficaz, suficiente y necesaria de los derechos conculcados. Es por esto que en reiterada jurisprudencia constitucional se ha precisado: (i) que la evaluación de procedencia debe necesariamente tener en cuenta que tales mecanismos, además de existir, sean idóneos y eficaces para lograr la protección adecuada de los derechos; y (ii) que frente al inminente acaecimiento de un perjuicio irremediable, es necesario tomar medidas de carácter transitorio, aun cuando el fondo del asunto debe ser resuelto por otro mecanismo existente.¹⁹

Así, cuando el mecanismo no es idóneo o eficaz, el juez de tutela tiene plena competencia para tomar todas las decisiones de fondo y de carácter definitivo para resolver el asunto propuesto. Entre tanto, frente a la existencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela no sustrae del todo las competencias del juez ordinario, sino que tan solo adopta decisiones de carácter transitorio para evitar la consolidación de un daño, debiendo el accionante acudir con posterioridad al mecanismo ordinario para lograr una solución definitiva.

En consecuencia, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela debe determinarse según el caso concreto, no solo porque la subsidiariedad sea un requisito a evaluar en todas las acciones, sino también porque para establecer la pertinencia de la aplicación de las excepciones mencionadas, el juez debe incorporar al análisis las condiciones objetivas de quien instaura la acción. Tales condiciones han sido elaboradas por la jurisprudencia de la Corte en los siguientes términos: «(¡) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o]

su precaria situaci3n econ3mica (â€¦)â€”20, deben ser tenidas en cuenta para reconocer si ubican a la persona en circunstancias de debilidad manifiesta, de tal manera que estas impacten la decisi3n respecto a la procedibilidad del caso.

6. Car3cter subsidiario de la acci3n de tutela para proteger el derecho a la salud.

Como se se3al3 en el numeral anterior, la procedencia de la acci3n de tutela depende (i) de la inexistencia de otro mecanismo judicial para la protecci3n de los derechos, (ii) que aunque exista otro mecanismo judicial, este no sea id3neo o eficaz, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En materia del derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido reconociendo el papel que cumple la Superintendencia Nacional de Salud a trav3s de las funciones jurisdiccionales que le han conferido la Ley 1122 de 2007²¹ y la Ley 1438 de 2011. Por ejemplo, en sentencia T-603 de 2015 este Tribunal manifest3:

â€œ(â€¦) el Legislador le asign3 a la Superintendencia Nacional de Salud la funci3n de juez de salud, dado el conocimiento especializado que tiene en la materia, particularmente sobre las obligaciones en cabeza de las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en salud. Para el ejercicio de esa competencia inicialmente se hizo una remisi3n expresa a las disposiciones que la Ley 446 de 1998 fij3 para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las superintendencias, con base en las cuales la Superintendencia Nacional de Salud desarroll3 un procedimiento particular descrito en el fundamento jur3dico n3mero 14 de esta sentencia. Sin embargo, dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revisti3 de mayor celeridad e informalidad al tr3mite en aras de una protecci3n eficaz de los derechos de los usuarios.â€”

No obstante, esta Corporaci3n ha sido insistente en que la valoraci3n de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si tal mecanismo es id3neo y eficaz en la protecci3n de derechos. As3, por ejemplo, al evaluar la exequibilidad del art3culo que contiene las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia, la Corte se3al3 que â€œ(â€¦) no analizar3a, (â€¦) la idoneidad del mecanismo en comento, dejando como regla que ese juicio depender3a de las circunstancias concretas de cada caso.â€”²²

En consecuencia, en la sentencia T-592 de 2016, que retoma lo manifestado en la T-646 de

2013, la Corte estableció que ‘‘no cabe una valoración genérica del medio ordinario de defensa judicial, pues en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, dado que la garantía máxima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e inmediata protección de los derechos específicos involucrados en cada asunto.’’ Por tanto, la Corte ha fijado que la evaluación de idoneidad y eficacia del mecanismo ante la Superintendencia, debe tener en cuenta dos aspectos.

El primero es que bajo ciertas circunstancias, es desproporcionado solicitar a los accionantes que inicien el trámite ante la entidad administrativa, aun cuando esta hubiera sido la acción judicial adecuada. En palabras de esta Corporación:

â€œ(â€¦) cabe seÃ±alar que en determinados supuestos en los que, inicialmente, habrÃa sido preciso agotar la instancia de la superintendencia, cuando la Corte debe decidir en sede de revisiÃ³n, puede optar por conceder el amparo, en razÃ³n de la desproporciÃ³n que, a la luz de los elementos del caso concreto, se generarÃa si se remitiese al accionante a dicha instancia para hacer valer aquello que ya el juez de tutela ha advertido como debido desde una perspectiva iusfundamental.

Por lo anterior, resulta menester analizar en cada caso concreto la existencia de circunstancias excepcionales de las cuales se pueda concluir que dicho procedimiento no resultará lo suficientemente eficaz para garantizar integralmente las prerrogativas constitucionales supuestamente vulneradas o amenazadas. De esta manera, se debe evaluar, por ejemplo, las condiciones de vulnerabilidad del actor, la urgencia y el apremio con la que se demanda el amparo o si del suministro de la tecnología en salud requerida depende la preservación de la vida del accionante.²³

En consecuencia, el tiempo de espera que ha sobrellevado el accionante que insta la tutela, es un factor a considerar en el análisis que no tiene un peso menor. Para este Tribunal, los elementos mencionados hacen necesaria la intervención inmediata del juez constitucional pues incluso, teniendo presente el desgaste procesal y el espacio de tiempo que las acciones de tutela, que se supone son de carácter expedito y rápido, han

tenido que soportar en la jurisdicción constitucional, resultarÃa desproporcionado someter a los agenciados a otro trámite procesal o a una espera mayor de la que ya han afrontado desde la presentación de la acción de tutela.â€24

En igual sentido, a través de la sentencia T-592 de 2016,25 esta Corporación afirmó3 que â€œ(â€) resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales está en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podrÃa conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya están conociendo el juez constitucional en sede de revisión.â€26 (énfasis añadido)

El segundo aspecto que, de acuerdo con la jurisprudencia, se debe tener en cuenta en el análisis de idoneidad y eficacia, es la ausencia de regulación de la segunda instancia de las decisiones judiciales de la Superintendencia. En sentencia T-206 de 2013, esta Corte seÃ±aló3:

Lo anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales.

Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.â€

La anterior posición, también fue recogida en la Sentencia T-592 de 2016, en donde la Corte manifestó3 que â€œ(â€) en principio, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud podrÃa resultar idóneo y eficaz, pues su propósito es

servir como herramienta protectora de derechos fundamentales y su uso debe ser difundido y estimulado para que se actúe con celeridad y bajo el mandato de resolver los conflictos desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, el término para resolver en segunda instancia los conflictos ventilados a través de tal procedimiento no fue regulado por legislador, deficiencia que ha sido advertida en varias oportunidades por la Corte y que conlleva, en hipótesis particulares y concretas, a que la acción de tutela se valore como el mecanismo adecuado e idóneo para la protección material de los derechos constitucionales.â€

Ahora bien, respecto a este mismo asunto, la sentencia T-603 de 2015 estableció en su momento una orientación divergente. En este caso, la Corte señaló que:

“A pesar de que el legislador no precisó el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial deben resolver el recurso de apelación (sic) formulado en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter prevalente y sumario que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna.” (Negritas del texto)

Para sostener dicha afirmación, esta Corporación: (i) indicó que la sentencia T-061 de 2014 -que estableció que “la acción de tutela debe proceder como mecanismo principal en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al servicio de salud”- no constituía un precedente, pues se trataba de una sola sentencia²⁷, y (ii) retomó algunas estadísticas con corte en el año 2014 sobre los asuntos que ha analizado la Superintendencia de Salud en uso de sus competencias jurisdiccionales. Las cifras revelan un aumento significativo de las solicitudes presentadas entre los años 2011 y 2014, y arrojan los resultados de los litigios tramitados, teniendo como resultado que se habían emitido 528 fallos y 310 solicitudes habían sido rechazadas.

Cabe aclarar que las cifras no son desarrolladas suficientemente para demostrar la idoneidad y eficacia del procedimiento ante la entidad administrativa -en particular, analizando la cantidad de acciones de tutela presentadas sobre salud frente al carácter centralizado y la capacidad operativa de la Superintendencia Delegada para la Función Judicial y de

Conciliaci3n-; pues, en tanto hacen énfasis en el aumento exponencial del número de casos conocidos, son más bien un indicativo, o bien de la eventual confianza que pueden tener los usuarios en este mecanismo, o bien del poder correctivo que han tenido los fallos de instancia, al remitir las controversias ante la Superintendencia.

De igual forma, es necesario señalar que no es menor el número de solicitudes rechazadas por la entidad administrativa en virtud de sus funciones jurisdiccionales.

En todo caso, se debe precisar que en la mencionada T-603 de 2015, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deben resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Como lo anterior no ha sucedido, es claro que se debe seguir aplicando -por analogía- los términos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de que en los casos concretos se pueda establecer que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud no es idóneo o eficaz.

7. Síntesis

Con base en lo anterior, se recogen las subreglas que serán aplicadas respecto al requisito de subsidiariedad en la evaluaci3n de procedibilidad de la acci3n de tutela: (i) la existencia del mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud no modifica en manera alguna las reglas de subsidiariedad que ha venido desarrollando la Corte. En particular, es necesario precisar que la idoneidad y eficacia del mecanismo seguirá siendo evaluada respecto al caso concreto; y (ii) en instancia de revisi3n ante la Corte Constitucional, es desproporcionado remitir al accionante en condici3n de vulnerabilidad ante la Superintendencia Nacional de Salud.

8. Procedencia de las acciones de tutela instauradas.

Antes de analizar el fondo del asunto, es necesario determinar si son procedentes las acciones de tutela instauradas en el marco de los procesos T-5.987.325, T-6.001.403 y T-6.006.543.

8.1. Expediente T-5.987.325

La señora Berly del Carmen Torres padece la patología de nódulo tiroideo, de acuerdo con el diagnóstico emitido el 9 de diciembre del año 2015. A pesar de haber solicitado en varias ocasiones la práctica de una cirugía para removerlo, su EPS le ha manifestado que debe seguir esperando tal procedimiento.

8.1.1. Legitimación en la causa

De acuerdo con el expediente, la señora Berly Torres es la directa afectada por las presuntas dilaciones que su EPS ha provocado en la programación de la cirugía que requiere para sustraer el nódulo tiroideo. Precisamente, es ella misma quien actúa en su propio nombre e instaura directamente la acción de tutela, razón por la cual le asiste la legitimación en la causa por activa.

De otro lado, con base en la historia clínica, esta Sala verifica que la accionante está afiliada a la EPS Coomeva, y es esta misma entidad sobre la cual recae la acción. Lo anterior, permite concluir que quien ha sido accionada, tiene la legitimación por pasiva para serlo.

8.1.2. Inmediatez

En el caso de la señora Torres se observa, según el expediente, que la autorización de servicios de salud que concede la intervención quirúrgica “Tiroidectomía subtotal que incluye lobectomía tiroidea total o parcial”, data del 31 de mayo de 2016. Ahora bien, como obra en el folio 3, la acción de tutela fue presentada el día 19 de agosto de 2016, lo cual quiere decir que transcurrió un poco menos de tres meses entre uno y otro evento.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso convergen dos situaciones relevantes: se trata de una vulneración que se ha extendido en el tiempo, tanto que a la fecha de presentación de la tutela no se le había practicado la cirugía, y tres meses puede ser considerado un tiempo razonable de espera e insistencia ante la EPS para lograr la práctica de la cirugía; por lo que esta Sala encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.²⁸

8.1.3. Subsidiariedad

Superado el análisis anterior, es necesario evaluar la posibilidad de estudiar de fondo el caso concreto, teniendo en cuenta que en la actualidad existe un mecanismo de reclamación de estos asuntos ante la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala considera procedente la acción de tutela en este caso concreto, al no resultar eficaz el mecanismo de la entidad administrativa, puesto que al haber transcurrido alrededor de nueve meses entre la instauración de la tutela y el conocimiento del caso en sede de Revisión en la Corte Constitucional, sería desproporcionado sugerir a la accionante que inicie un nuevo trámite ante la Superintendencia. Como se señaló en el acápite correspondiente de esta sentencia, esta Corporación no ha sido indiferente al desgaste que han soportado los accionantes hasta llegar a la instancia de Revisión.

Por supuesto, el citado análisis debe ser acompañado de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra la actora. Para el caso concreto y, sin perjuicio de algunos aspectos en los que se ahondará en el estudio de fondo, lo cierto es que la accionante padece una enfermedad que le produce fuertes dolores y el crecimiento de una masa en su cuello. Teniendo en cuenta que la Corte ha manifestado que la afectación del derecho a la salud por causa de una enfermedad, es una interferencia en la realización personal y el goce efectivo de otros derechos, es posible afirmar que la accionante está en condición de vulnerabilidad por su enfermedad.

Ahora bien, es claro que no todo tipo de enfermedad tiene tal impacto, de poner en condición de fragilidad a las personas. Sin embargo, en este caso particular, la accionante ha puesto de presente las fuertes dolencias que le provoca su patología y el crecimiento de masas en su cuello, y a pesar de tomar medicamentos para controlarlas, cada vez le generan mayor sufrimiento, desmejoran su calidad de vida y su integridad física.

Tales afirmaciones, al no ser controvertidas por la entidad accionada, se presumen ciertas en virtud del artículo 83 de la Constitución Política, del artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.²⁹

En consecuencia, la Sala estima procedente la acción de tutela, como mecanismo principal para la resolución del caso, atendiendo a la falta de eficacia, que bajo estas circunstancias particulares, adolece el trámite ante la Superintendencia frente al caso concreto.

8.2. Expediente T-6.001.403

La señora Yalis Jazmán David Cortez, en su calidad de cotizante vinculada a la EPS Cafesalud, ha padecido las patologías conocidas como diabetes y Síndrome de Cushing que afectan gravemente su salud, le generan constantes hospitalizaciones, cirugías y afectan su desplazamiento por medios propios.

8.2.1. Legitimación en la causa

Con base en el expediente del caso, que contiene la historia clínica de la accionante, esta Sala confirma que la señora Yalis Jazmán es la directa afectada por las presuntas exigencias adicionales que la EPS ha solicitado para adelantar el procedimiento que removería los colgajos que tiene actualmente. Al ser ella misma quien promueve la acción, se confirma que es la legitimada por activa para presentar dicha reclamación.

De otra parte, con base en la historia clínica, es posible verificar que la accionante está afiliada a la EPS Cafesalud, entidad que tiene la obligación de brindarle los servicios de salud a la señora Yalis Jazmán y, en consecuencia, es la legitimada por pasiva en el trámite de tutela.

8.2.2. Inmediatez

La Sala constata que una vez emitido el concepto del cirujano plástico que calificó como funcional la cirugía de "abdominoplastia postbariátrica"³⁰, la accionante presentó la "Solicitud y justificación del médico tratante para servicio médico no POS" el 2 de junio de 2016. Como respuesta, la EPS le anunció que su solicitud había sido anulada. No obstante, no es posible establecer la fecha de esta respuesta, pues la prueba anexada no cuenta con ninguna especificidad al respecto y la tutelante se limitó a manifestar que "después de varios días [de haberla solicitado] fui a reclamar la orden de la cirugía y me informaron que mi solicitud se encuentra anulada."

Asimismo, se encuentra que la fecha de radicación de la acción de tutela fue el 8 de septiembre de 2016, constatando que transcurrieron tres meses entre un evento y otro.³¹ Por lo tanto, se reitera que este lapso de tiempo ha sido reconocido por la jurisprudencia como razonable.

8.2.3. Subsidiariedad

Establecida la procedencia respecto a la inmediatez, es necesario evaluar si la acción supera el requisito de subsidiariedad. En el caso concreto, se considera que a pesar de la existencia de un mecanismo accesible y expedito como es el trámite ante la Superintendencia, las particularidades del caso limitan su eficacia en este momento. Las razones son exactamente las mismas que fueron esgrimidas en el expediente T-5.987.325.

Como consta en el expediente, la señora Yalis Jazmán es una persona que ha venido padeciendo una multiplicidad de enfermedades producto de las cuales le han practicado al menos tres cirugías en menos de cuatro años, siendo una de ellas el retiro de un tumor que le causó la pérdida de 25 kilogramos de peso. Además, se evidencia que, de acuerdo con los conceptos médicos de su propia EPS, “El uso de pasiretoide en esta paciente es difícil, porque ha tenido muchas dificultades con el acceso a servicios de salud y aun medicamentos del POS como son las insulinas; tiene mal control metabólico crónico; por lo que me inclinaré más a un tratamiento quirúrgico definitivo.”³² Todo lo anterior, es evidencia suficiente de la condición de vulnerabilidad que ostenta, tanto por los efectos naturales de su enfermedad, como por la presunta falta de diligencia de su EPS en la prestación de los servicios de salud.

No es posible obviar, entonces, el desgaste que ha implicado para la accionante llegar hasta la instancia de Revisión en la Corte Constitucional, en reclamo de la protección de su derecho a la salud. Por lo tanto, a partir de los fundamentos jurisprudenciales que han sido suficientemente expuestos, respecto al conocimiento de este tipo de casos en instancia de revisión ante este Tribunal y de la segunda instancia del trámite ante la Superintendencia, la Sala encuentra desproporcionado (i) remitir a la señora Yalis Jazmán a que presente su reclamación ante la Superintendencia Nacional de Salud, mecanismo que en el caso concreto no será eficaz, pues no debe olvidarse el tiempo que ya ha transcurrido entre la instauración de la tutela y la decisión de esta Corporación; y (ii) exponerla a una eventual impugnación, sin percatarse de los tiempos totales que podrá tomar una decisión definitiva sobre el caso.

Por las razones expuestas, se concluye que en el caso concreto el mecanismo principal carece de eficacia y, por lo tanto, la Sala encuentra satisfechos los requisitos de

procedibilidad de la acción de tutela.

8.3. Expediente T-6.006.543

El señor Aldo Gil padece enfermedad renal crónica, osteomielitis y diabetes tipo 2 de acuerdo con la historia clínica aportada como anexo al escrito de tutela. Como consecuencia de esta enfermedad, estuvo internado en urgencias desde el 12 de julio de 2016 esperando una cirugía para atender al síntoma de necrotización de su mano derecha. No obstante, al momento de instaurar la tutela, la EPS no había ordenado su traslado a la ciudad de Medellín para la práctica de la cirugía, argumentando que no había disponibilidad en ese momento.

8.3.1. Legitimación en la causa

Como se explicó (supra, fundamento jurídico nº 3), la acción de tutela puede ser instaurada a través de la figura de agente oficioso cuando el interesado no esté en capacidad de promover su propia defensa. En el caso particular del señor Gil Zapata es evidente que, estando internado en urgencias con una enfermedad renal crónica, osteomielitis y diabetes tipo 2, le era imposible presentar por sí mismo una acción de tutela e incluso hacerlo mediante apoderado judicial.

Ahora bien, también se requiere que quien haya actuado en representación de los intereses de la persona afectada, manifieste expresamente en la acción que concurre como agente oficioso. En el caso particular, la señora María Eugenia Zapata Gil manifiesta que está actuando en nombre y representación de [su] hijo Aldo Alexis Gil Zapata. Si bien es cierto que no hace explícita la calidad de agente oficiosa, sino que afirma ser apoderada, acertó en aclarar que su acción iba dirigida a la protección de los derechos fundamentales de su hijo, que en ese momento no estaba habilitado para hacerlo por sí mismo.

Bajo las anteriores circunstancias, es posible afirmar que la acción cumple con las dos condiciones necesarias para aceptar la instauración a través de agente oficioso.

Entonces, respecto a la legitimación por pasiva, se encuentra que en efecto el señor Aldo Gil está afiliado a Cafesalud EPS (como consta en su historia clínica), situación que

confirma que es esta la entidad encargada de suministrarle los servicios de salud, razón por la cual, se verifica la legitimación por pasiva en el caso concreto.

8.3.2. Inmediatez

Con base en las prueba allegadas al expediente, la Sala constata que no transcurrió más de una semana entre el ingreso del señor Gil Zapata a la sección de Urgencias de la Clínica -que se dio el 12 de julio de 2016- y la instauración de la acción de tutela, fechada el 19 de julio del mismo año. En consecuencia, se concluye que esta fue promovida de manera oportuna y en un plazo razonable.

8.3.3. Subsidiariedad

En el caso del señor Gil Zapata, la Sala considera -teniendo en cuenta las particularidades del caso- que el juez de tutela es competente para resolver de manera definitiva el asunto por las razones que a continuación se esgrimen.

Primero, porque las patologías que llevaron al accionante a requerir una cirugía de emergencia tienen una trayectoria conocida por su EPS, al punto que su historia clínica hace referencia a "paciente con enfermedad renal crónica terminal",³⁵ lo cual muestra su evidente necesidad de tratamiento integral y sin dilaciones, para garantizar el mayor nivel posible de su derecho a la salud.

Segundo, porque sería un atropello atribuirle la carga de desagregar el tratamiento entre lo estrictamente necesario para que no fallezca o padezca sufrimiento extremo, a cargo del juez de tutela, y los demás procedimientos que garantizan que en efecto reciba un tratamiento integral, a cargo de la Superintendencia.

Lo anterior no es óbice para que en determinados casos, el juez de tutela pueda hacer tal separación. En efecto, si hay desconexión entre una medida específica que suprima la inminencia de un daño y otros tratamientos que están siendo reclamados en un mismo caso, el juez de tutela podrá remitir al accionante ante la Superintendencia. Pero es diferente, cuando la sustracción de los procedimientos complementarios pone en riesgo la vida digna o la integridad de alguna persona, pese a que el procedimiento o tratamiento más inmediato se garantice.

En consecuencia, la Sala encuentra procedente la acción de tutela de Aldo Gil, al encontrar que en el caso concreto, el mecanismo ante la Superintendencia de Salud no será del todo idóneo y eficaz, respecto a la necesidad de un tratamiento integral que garantice la máxima satisfacción posible del derecho a la salud, y por el contrario, será una carga desproporcionada exigirle que bajo las circunstancias actuales, acuda ante la autoridad administrativa en busca de una solución definitiva.

8.4. En síntesis, la Sala encuentra que las acciones de tutela instauradas en el marco de los procesos T-5.987.325, T-6.001.403 y T-6.006.543 son procedentes, por lo que continuará con el análisis de fondo de cada uno de los casos.

9. Planteamiento de los problemas y aspectos jurídicos a tratar

Las accionantes en los tres procesos consideran que las EPS Cafesalud³⁶ y Coomeva³⁷ han vulnerado los derechos a la dignidad humana, la seguridad social y la salud de Yalis David, Berly Torres y Aldo Gil.

En la situación de la señora Torres, la EPS no ha llevado a cabo la operación requerida y, según la demandante, simplemente le han manifestado que «debe seguir esperando». Entre tanto, en el caso de la señora Yalis David, la causa de la no realización para la práctica de la cirugía, ocurrió porque Cafesalud le ha solicitado que allegue al menos otros dos conceptos médicos, conforme con los cuales, se trata de una cirugía funcional y no estética.

En el caso particular del señor Aldo Gil, la agente oficiosa alega que se está vulnerando el derecho a la vida de su agenciado, al no realizar de manera inmediata su traslado a la ciudad de Medellín, lugar en el cual los médicos especializados adelantarán el procedimiento quirúrgico necesario para salvaguardar su integridad, pues según la agente, la EPS respondió en diversas ocasiones que «no [había a] dónde enviarlo».

En los casos de las señoras Berly Torres Rodríguez y Yalis David Cortez, los jueces de instancia consideraron que la tutela era improcedente por existir un mecanismo expedito y eficaz en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, y por no haberse demostrado la existencia de un perjuicio irremediable que activara la competencia del juez constitucional. Por el contrario, en el caso del señor Aldo Gil, la juez consideró que aún frente a la

existencia de otro mecanismo, la demostración de un perjuicio irremediable hace competente al juez de tutela para tomar medidas transitorias que eviten la consolidación de un daño.

En los términos anteriores, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

(1) En relación con los expedientes T-5.987.325 y T-6.006.543: ¿la dilación injustificada de las EPS para practicar cirugías de carácter funcional -prescritas por médicos tratantes adscritos a las mismas-, compromete los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social de personas que por sus patologías se encuentran en situación de vulnerabilidad?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre (i) el derecho a la salud; (ii) las diferencias entre cirugías funcionales y estéticas; (iii) el cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y acompañantes; (iv) el plazo razonable en la prestación de servicios de salud; y (v) las demoras en la prestación de los mismos. Por último, a partir del marco teórico expuesto, la Sala procederá a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

9.1 Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

En la actualidad es indiscutible el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud³⁸, no solo porque la Ley 1751 de 2015³⁹ así lo dispone en su artículo 240, sino porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional también lo ha reconocido. En la sentencia T-760 de 2008, este Tribunal señaló que «(é) la salud es un derecho fundamental, de manera autónoma⁴⁰, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.»

Además de su carácter de fundamental y autónomo, el derecho a la salud «(é) se encuentra estrechamente ligado a la efectividad de otras garantías como la vida, la integridad personal y la seguridad social, así como a la esencia misma de la dignidad

humana, entendida como eje fundamental del pacto político.⁴¹

En relación con lo anterior, la Corte ha afirmado que los servicios de salud tienen dos facetas, una de las cuales es la que se trata de un servicio público, y otra en la que es un derecho fundamental.⁴² Cada una de estas se rige por principios y características particulares, así, en el primer rol, el servicio debe ser prestado de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en concordancia con los artículos 48 y 49 de la Carta Política; mientras que en el segundo caso⁴³ la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.⁴³

Además de los principios enunciados, la salud como derecho fundamental está compuesto por cuatro elementos esenciales,⁴⁴ a saber: la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, los cuales son teóricamente diferenciables, pero fácticamente inescindibles para la garantía del mismo. De acuerdo con la jurisprudencia:

«[L]a disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; [L]a aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida; [L]a accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información; y [L]a calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.»⁴⁵

Adicionalmente, esta Corporación señala el carácter complejo del derecho a la salud, en

tanto a su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.⁴⁶

Ahora bien, desde una perspectiva más enfocada en el sujeto, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud, como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁴⁷ Incluso, en un sentido más amplio, en términos de las dimensiones del sujeto, ha sostenido que se trata de la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser[™], de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.⁴⁸

Tal definición de este derecho, en una comprensión multidimensional, está estrechamente ligada a la noción de persona y su capacidad de plantear un proyecto de vida y ejecutarlo. Para la Corte, la ruptura de estas múltiples dimensiones por causa de la enfermedad, se constituye en una auténtica interferencia para la realización personal y, consecuentemente, para el goce efectivo de otros derechos, resultando así afectada la vida en condiciones dignas.⁴⁹

Hay situaciones que ha descrito la jurisprudencia y que evidentemente comportan una vulneración del derecho fundamental a la salud. Por ejemplo, la sentencia T-760 de 2008 señala que las restricciones al acceso a tratamientos, medicamentos y procedimientos incluidos en el POS, es a todas luces una vulneración al derecho a la salud. En su momento, esta Corporación señaló que “[c]uando el servicio incluido en el POS se ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder

en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.â€50

Asimismo, este Tribunal ha sostenido que â€œ(â€¦) cuando un servicio mÃ©dico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede ver interrumpido a causa de barreras administrativas que no permiten el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para recuperar la salud.â€51

9.2. CirugÃ­as funcionales y estÃ©ticas. Diferencias

De acuerdo con la ResoluciÃ³n 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y ProtecciÃ³n Social52, hay dos tipos de cirugÃ­as plÃ¡sticas que, aun cuando puedan ser similares desde el punto de vista mÃ©dico, persiguen objetivos disÃ­miles y, en consecuencia, tienen efectos jurÃ¡dicos diferenciados. De un lado, se encuentran las cirugÃ­as plÃ¡sticas estÃ©ticas, cosmÃ©ticas o de embellecimiento que â€œse realiza[n] con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente sin efectos funcionales u orgÃ¡nicos.â€53 De otro lado, estÃ¡n las funcionales o reparadoras, que â€œse practica[n] sobre Ã³rganos o tejidos con la finalidad de mejorar, restaurar o restablecer la funciÃ³n de los mismos, o para evitar alteraciones orgÃ¡nicas o funcionales. Incluye reconstrucciones, reparaciÃ³n de ciertas estructuras de cobertura y soporte, manejo de malformaciones congÃ©nitas y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos y tumoraciones de cualquier parte del cuerpo.â€54

La anterior diferencia no es menor. SegÃºn el artÃ­culo 37 de la mencionada ResoluciÃ³n, mientras que las primeras estÃ¡n excluidas del Plan de Beneficios de Salud, las segundas estÃ¡n cubiertas por Ã©ste y tienen cargo a la Unidad de pago por capitaciÃ³n (UPC), siempre y cuando el mÃ©dico tratante haya catalogado el procedimiento como funcional.

Las distinciones mencionadas han sido desarrolladas con mayor profundidad en varias sentencias de este Tribunal. Por ejemplo, la sentencia T-159 de 201555 explica que existen ciertas cirugÃ­as estÃ©ticas cuyo objetivo no es el â€œembellecimiento superfluoâ€TM, sino el restablecimiento de la apariencia â€œnormalâ€TM de una persona y, en consecuencia, la recuperaciÃ³n de su dignidad. En esa ocasiÃ³n concluyÃ³ que â€œ(â€¦) el derecho a la salud y a la vida digna no se limita Ãºnicamente al carÃ¡cter funcional y fÃ­sico sino que abarca el aspecto psÃ­quico, emocional y social de la persona.â€56

Tal manifestación, se origina en el reconocimiento que ha hecho esta misma Corporación, respecto a que el derecho a la salud no debe ser protegido exclusivamente frente a la inminencia de un hecho extremo como la muerte, sino que comprende «(») la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello [sea] posible, cuando estas condiciones se [encuentren] debilitadas o lesionadas y [afecten] la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.»57

Ahora bien, tal y como es reconocido por el Ministerio de Salud en la Resolución mencionada, la diferencia entre cirugías exclusivamente estéticas y funcionales, hace que en el segundo caso tales procedimientos puedan ser solicitados por los usuarios a sus respectivas EPS.⁵⁸ La Corte ha manifestado que, para que estas entidades puedan negar la realización de procedimientos funcionales, «(») deberán demostrar bajo conceptos médicos en el estudio de cada caso concreto, que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no Funcionales reconstructivos o de bienestar emocional, psíquico y social. En razón, al principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud».⁵⁹

De cualquier manera, la anterior regla no debe ser interpretada en el sentido que, con la mera afirmación de una persona no especializada sobre la funcionalidad de la cirugía, la EPS deba demostrar lo contrario. Se trata más bien, de que frente a la existencia de un concepto técnico de un profesional especializado, la EPS no puede simplemente negar o dilatar la práctica del procedimiento afirmando que no es funcional, sino que debe desplegar las acciones necesarias para consolidar un diagnóstico serio y de fondo, que explique en detalle las razones por las cuales la cirugía solicitada no es funcional. Así lo ha sostenido la Corte, al afirmar que la negativa «(») deberá exponer de forma detallada y con fundamento científico las razones que lo llevaron a tomar su decisión, pues de lo contrario podría estar vulnerado el derecho a la salud del solicitante, quien cuenta con una orden proferida por su médico tratante donde prescribe la necesidad de autorización del procedimiento en referencia para el restablecimiento de su estado de salud.»⁶⁰

9.3. Cubrimiento de gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de la EPS

De acuerdo con el artículo 126 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud, el Plan de Beneficios cubre los gastos de traslado por diferentes medios, para pacientes que deban ser movilizados por patologías de urgencias hasta una institución hospitalaria; y entre IPS, de acuerdo con necesidades de tratamiento o no disponibilidad de la institución remitora. Lo anterior, de acuerdo con los medios de transporte disponibles en el lugar en el que se encuentre el paciente, su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que, si bien los dos escenarios establecidos son razonables, es necesario evaluar en el caso concreto si el paciente o su familia pueden cubrir costos de traslado, bajo presupuestos distintos a los que establece la Resolución. Para este Tribunal, «el juez constitucional debe evaluar la carencia de capacidad de pago del usuario y determinar si la negación del servicio en cuestión ocasionar riesgos inminentes para la vida, la integridad o el estado general de salud del afiliado beneficiario. Si esto último es previsible y se constata que no cuenta con posibilidades de pagar aquello que le corresponde, las respectivas sumas deben ser asumidas por la E. P. S. Por otra parte, si la persona necesita en sus traslados la asistencia permanente de otro, dada su situación de dependencia, la garantía en cuestión se amplía para cubrir también los gastos del acompañante.»⁶¹

Así, tal análisis debe realizarse teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) que ni el paciente ni sus parientes cercanos tengan los recursos suficientes para sufragar los gastos; (ii) que de no realizar el traslado, se ponga en riesgo la vida o la integridad del paciente; ⁶² y (iii) que en los casos en que la persona sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento o necesite atención permanente para proteger su integridad física o la realización de labores cotidianas, se debe garantizar también el traslado de un acompañante.⁶³

9.4. Plazo razonable en la prestación de un servicio de salud

La prestación oportuna de un servicio de salud es una garantía establecida en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en el marco de los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral.

Materialmente, la relevancia de la oportunidad está dada por la necesidad de que el

suministro de los medicamentos, tratamientos o procedimientos se den en el momento adecuado para curar o prevenir las afectaciones a la salud de las personas. Como lo ha mencionado este Tribunal, «[l]a prontitud con que se ejecuten los tratamientos médicos incidir[á] notablemente en los efectos que se produzcan sobre la patolog[ía] tratada.»⁶⁴

Ahora bien, por esa misma razón, la oportunidad no puede ser evaluada en abstracto, en tanto depende de circunstancias como la patolog[ía] que est[á] siendo tratada o la urgencia de la atención, entre otros aspectos. Es por esto que la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios para que el juez de tutela resuelva de manera esquemática en cada caso, cuál es el plazo razonable que puede transcurrir entre la necesidad de un tratamiento o cirugía y su efectiva realización.

El primer criterio es la urgencia de la situación, que ha sido definido como: «[l]a premura con la que deba atenderse para evitar perjuicios a la salud o la vida del paciente; para lo cual se debe tener en cuenta: i) la gravedad de la patolog[ía], ii) el efecto que la misma cause en el transcurrir de la rutina diaria, en sus facultades motoras y vitales; y iii) la fase en el que se encuentre la enfermedad, lo avanzada, complicada o expandida que est[é].»⁶⁵

El segundo criterio, es el tipo de recursos o procedimientos previos necesarios para la prestación del servicio, como por ejemplo, las remisiones y los contratos con las IPS o centros especializados.⁶⁶

9.5. Demora en la prestación de los servicios de salud

Del concepto de oportunidad se deriva la noción de las demoras en la prestación de servicios de salud. Cuando se supera el momento adecuado en el que debe practicarse un examen, procedimiento o tratamiento, es posible afirmar que inicia la vulneración del derecho a la salud, ya no por causas intrínsecas y naturales de la enfermedad, sino desde el punto de vista de la diligencia con la que actúa la entidad que presta el servicio.

Así lo ha manifestado la Corte en diversas oportunidades. Por ejemplo, en la Sentencia T-289 de 2004 afirmó que «[l]a demora en la práctica de la operación que a la demandante le es urgente, ha vulnerado los derechos a la salud en conexidad con [la]

vida”67. De igual manera, ha establecido que “(” cuando una E.P.S. o A.R.S., en raz”n a tr”mites burocr”ticos y administrativos, demora la prestaci”n del servicio de salud requerido por un usuario, vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente m”dicas justifican que se retrase la prestaci”n del servicio de salud”68 y que “(” no es normal que se retrase la autorizaci”n de cirug”as, ex”menes o tratamientos que los mismos m”dicos de las E.P.S. o I.P.S. recomiendan, pues ello va en contra de los derechos a la vida, y a la integridad f”sica de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino tambi”n cuando implican una demora injustificada en la iniciaci”n de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida.”69

9.6. S”ntesis

10. Resoluci”n de los casos concretos

10.1. Expediente T-5.987.325

La se”ora Berly del Carmen Torres instaur” acci”n de tutela para exigir a la EPS Coomeva, que cese la vulneraci”n de sus derechos a la vida, la salud y la dignidad humana que, en su concepto, le est” causando por no programar la pr”ctica de la cirug”a “elobectom”a tiroidea total o parcial.” Pasa entonces esta Sala a verificar si esos hechos generan una vulneraci”n del derecho a la salud de la se”ora Torres.

De acuerdo con los fundamentos de esta providencia, “[c]uando el servicio incluido en el POS s” ha sido reconocido por la entidad en cuesti”n, pero su prestaci”n no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, tambi”n se viola el derecho a la salud.” Tal es el caso de la accionante en este asunto, quien, seg”n afirma,70 no tiene certeza sobre la realizaci”n de la cirug”a que requiere para aliviar sus intensos dolores y el crecimiento de la masa que tiene en el cuello, pese a que cuenta con la autorizaci”n para que le realicen tal procedimiento.

De acuerdo con las pruebas allegadas a la actuaci”n, (i) la paciente fue diagnosticada con “en”dulo tiroideo”, patolog”a de la cual no es posible predicar con claridad su gravedad; (ii) seg”n lo manifestado por la accionante, el n”dulo le genera intensos dolores

que deben ser controlados con medicamentos y debe soportar el crecimiento de la masa que tiene en el cuello y (iii), respecto a la fase actual de la enfermedad, si bien no se cuenta con informaci3n actualizada, su historia cl3nica refiere que es un n3dulo de aproximadamente 30 mil3metros, m3vil y doloroso.

En relaci3n con los tr3mites que impone la EPS para prestar el servicio, ya se ha surtido la etapa de diagn3stico y autorizaci3n, de manera que solo resta establecer la fecha de programaci3n de la cirug3a. Pese a esto, la instituci3n se ha mostrado renuente a fijar el d3a para la realizaci3n del procedimiento. La Sala no puede desconocer el tiempo transcurrido hasta este momento, en el que la masa y los dolores pudieron haber aumentado, raz3n por la cual, resulta a todas luces vulneratorio de los derechos fundamentales de la paciente, que la EPS siga dilatando la pr3ctica de un procedimiento necesario para lograr el mejor nivel de vida posible. Por lo tanto, se ordenar3 que, en caso de no haberse practicado, la EPS debe practicar la cirug3a requerida por la accionante.

10.2. Expediente T-6.001.403

La se±ora Yalis Jazm3n David manifiesta que su derecho a la salud fue vulnerado por la EPS Cafesalud, en tanto anul3 su solicitud para el procedimiento "abdominoplastia postbari3trica funcional", argumentando que deb3a aportar el concepto de al menos tres especialistas, pese a que el propio cirujano pl3stico adscrito a la EPS, una vez analizado el caso, conceptu3 que se trataba de un procedimiento de car3cter funcional.

Conforme a las pruebas allegadas al expediente y, en particular, la hist3rica cl3nica y los conceptos m3dicos, el procedimiento quir3rgico solicitado por la actora es necesario, no solamente para garantizar derechos como la dignidad humana o la misma salud en su dimensi3n ps3quica, que ya de por s3 tendr3an la potencialidad de afectar significativamente el derecho a la salud, sino porque los "colgajos" que deben ser removidos le est3n causando "intertrigo e irritaci3n cut3nea del pubis" que se caracterizan por provocar infecci3n dada la sobrecarga de humedad y bacterias que se alojan en los pliegues de la piel.

Pero adem3s de lo anterior, es relevante clarificar que las condiciones de salud se±aladas son padecidas por una persona que a todas luces lleva varios a±os en condiciones de vulnerabilidad e indefensi3n, pues como lo muestra su historia cl3nica, ha sido sometida a

varios procedimientos quirúrgicos y tratamientos con medicamentos para controlar las enfermedades principales que la aquejan.

Como se enunció³ en las consideraciones, si la EPS considera que hay razones para afirmar que no se trata de una cirugía funcional, debe tener en consideración³ las condiciones físicas, funcionales, psíquicas, emocionales y sociales del paciente, más aún cuando, cuentan con la capacidad técnica y científica para determinar la naturaleza de la cirugía requerida a través, del historial médico del usuario y los conceptos médicos emitidos por los especialistas adscritos a la entidad.

Además de lo anterior, se constata que la cirugía no ha sido practicada por cuenta de los conceptos médicos faltantes, pues la EPS ha sostenido que estos son requeridos para llegar a la conclusión de que el procedimiento tiene, efectivamente, un carácter funcional y no estético. Esto, a pesar de que, como se ha mostrado, en realidad, la cirugía busca no solo recomponer la dimensión psíquica y emocional de la solicitante, sino las implicaciones físicas que, en términos de infecciones e irritaciones cutáneas, han tenido los³ derivados de procedimientos médicos anteriores.

Al respecto, como se indicó³, los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente. En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad.⁷¹ Así las cosas, siendo la EPS la que debería demostrar que no se trata de un procedimiento funcional -aun cuando un médico cirujano adscrito ya conceptuó³ favorablemente-, está trasladándole una carga desproporcionada a la accionante, y en consecuencia, vulnerando continuamente su derecho a la salud.

Por lo tanto, en la parte resolutive de este fallo se dispondrá que la EPS debe ordenar la práctica de la cirugía y no valerse de su negligencia para menoscabar innecesariamente la salud de una persona que, se insiste, se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad.

10.3. Expediente T-6.006.543

La señora María Zapata Gil, actuando como agente oficiosa de su hijo Aldo Gil, instauró acción de tutela para proteger sus derechos a la vida, salud e integridad, al considerar que las demoras en el traslado a la ciudad de Medellín, para que le fuera practicada la cirugía vascular ordenada por el médico tratante, constituyeron una vulneración de los derechos mencionados. Adicionalmente, se refirió a la necesidad de un tratamiento integral y el pago de los costos de traslado del afectado y su acompañante, para lograr una garantía efectiva del derecho a la salud.

Por la información recabada a través de llamada telefónica, donde la agente oficiosa afirmó que le practicaron la cirugía en uno de los dedos pero le quedaron faltando los otros dos, persisten dudas para este Despacho respecto a si, en efecto, la EPS Cafesalud cumplió de manera satisfactoria la orden del médico tratante y, por consiguiente, la orden del juez de instancia.

Teniendo en cuenta que, como consta en el expediente, el procedimiento a practicar consistía en la cirugía vascular⁷², pero que la agente oficiosa afirma que se realizó de manera incompleta en tanto aún falta operar otros dos dedos, el despacho sustanciador concluyó que, si bien al paciente Gil Zapata le fue practicado un procedimiento, no hay certeza de que este se haya realizado en su integridad, de la manera en que fue ordenado por el médico tratante, pues además se desconoce si técnicamente es adecuado asumir que la orden debe comprender la situación de uno o tres dedos, como lo manifiesta la agente oficiosa.

Tal circunstancia impide a la Corte declarar en este asunto la carencia actual de objeto por hecho superado, pues en estricto sentido las consecuencias para la salud que derivaron de la demora por parte de la EPS en la remisión a la ciudad de Medellín, no parece, según la agente oficiosa, haber sido subsanadas o satisfechas para lograr la protección adecuada del derecho a la salud del señor Gil Zapata.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁷³, en su noción más básica, el hecho superado es la cesación de la acción u omisión que genera vulneración o riesgo del derecho que se alegue, haciendo que una decisión del juez de tutela se torne inocua. Sin embargo, como se observa en el caso concreto, no hay certeza de que tal vulneración ha cesado, en tanto parecen persistir algunas consecuencias y afectaciones del derecho a la

salud que deben ser superadas.

Ahora bien, la vulneración de los derechos del agenciado se produjo fundamentalmente a partir de las demoras de la EPS para llevar a cabo el traslado y demás cuestiones relacionadas con su remisión a la ciudad de Medellín, donde le sería practicado el procedimiento requerido para la mejoría de su salud. Según lo indicado por la agente oficiosa, la EPS explicaba su dilación en la supuesta carencia de disponibilidad de atención. La Sala encuentra, sin embargo, que no es esta una excusa admisible, que conduzca a justificar la conducta vulneratoria de la entidad, dado el grave estado de salud en el cual se encontraba el agenciado.

Parte importante de las funciones de las EPS demandada es, de forma evidente, contar con la preparación administrativa y la coordinación suficiente con las IPS de la ciudad de Medellín para lograr el suministro oportuno del tratamiento requerido. De acuerdo con la manera como ha sido caracterizado el derecho a la salud, no es deseable ni permisible prolongar padecimientos y dolores como los descritos, por la falta de diligencia administrativa o de preparación para atender una cirugía de emergencia a la que, por demás, habría que sumarle el tiempo de traslado entre Apartadó, municipio en el que se encontraba el agenciado, y la capital del departamento de Antioquia.

En este orden de ideas, si bien se practicó un procedimiento que, a juicio de la agente oficiosa, solucionó la situación de "uno de sus dedos", en la parte resolutive de este fallo se prevendrá a la EPS para que no se repitan situaciones como la ocurrida, en las cuales la práctica de un procedimiento quirúrgico resulta necesaria. De igual manera, se ordenará a Cafesalud EPS que, en caso de no haberlo hecho, practique a Aldo Gil el procedimiento en los estrictos términos ordenados por el médico tratante.

Además de lo correspondiente a la cirugía, esta Sala también debe referirse a la solicitud de gastos de traslado, hospedaje y alimentación tanto para el agenciado como para su acompañante. En el caso concreto, es posible verificar que, por las múltiples patologías que padece el agenciado y por la gravedad de las mismas, es indiscutible que Aldo Gil no puede valerse por sí mismo y necesita el acompañamiento de una persona que se haga cargo de su cuidado, razón por la cual la EPS debe garantizar el transporte de la acompañante.

Ahora bien, en el fallo de instancia el juez negó³ la pretensión de cubrir los gastos de alimentación y hospedaje para la acompañante del agenciado, al considerar que esta no manifestó carecer de recursos económicos para sufragarlos. Por su parte, la prueba recabada mediante Auto da cuenta del cubrimiento por parte de la EPS de los gastos de viaje de ida, mas no del tiquete de regreso, ni del hospedaje ni la alimentación.⁷⁴ Si bien le asiste la razón al juez de instancia en que la acción no contiene referencia alguna al respecto, basta con remitirse a la historia clínica de Aldo Alexis para concluir que sus patologías le impiden trabajar y recibir ingresos, y para comprobar que pertenece al régimen subsidiado de salud, elementos que indican que no tiene recursos para sufragar los gastos.

De la misma manera, consultada la base de datos del Sisbón, esta Sala comprueba que la acompañante y agente oficiosa, María Eugenia Zapata Gil, está clasificada en el nivel 1 con una puntuación de 19,92 con lo cual se puede concluir razonablemente, que tampoco cuenta con los recursos necesarios para costear el hospedaje y la alimentación en la ciudad de Medellín.

Con base en lo anterior, la parte resolutive del fallo ratificará los ordinales primero⁷⁵, segundo⁷⁶, tercero⁷⁷, quinto⁷⁸ y sexto⁷⁹ de la decisión de instancia. A su vez, revocará los ordinales cuarto y séptimo, que concedían el amparo de manera transitoria y no cubrían los gastos de estadía y alimentación, respectivamente.

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. REVOCAR en el expediente T-5.987.325, el fallo del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó emitido el 1 de septiembre de 2016, mediante el cual se negó el amparo solicitado por Berly del Carmen Torres y, en su lugar, CONCEDER la protección de sus derechos fundamentales.

SEGUNDO. ORDENAR a Coomeva EPS que, en caso de no haberlo hecho aún, en un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, practique la

cirugía de ooforectomía tiroidea total o parcial a la señora Berly del Carmen Torres Rodríguez.

TERCERO. REVOCAR en el expediente T-6.001.403, el fallo del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó, emitido el 22 de septiembre de 2016, que negó el amparo solicitado. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho a la salud, vida e integridad de Yalis Jazmín David Cortez.

CUARTO. ORDENAR a la EPS Cafesalud que, de no haberlo hecho a la fecha, en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la notificación de este fallo, practique la cirugía de ooforectomía postbariátrica.

QUINTO. CONFIRMAR en el expediente T-6.006.543, los ordinales primero, segundo, tercero, quinto y sexto del fallo emitido el 28 de julio de 2016 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia).

SEXTO. REVOCAR en el expediente T-6.006.543, el ordinal cuarto del fallo emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartadó y, en su lugar, CONCEDER la acción de tutela de manera definitiva.

SÉPTIMO. ORDENAR a Cafesalud EPS que, de no haberlo hecho, en un término perentorio de diez (10) días hábiles, practique la cirugía en los estrictos términos de la orden expedida por el médico tratante de Aldo Gil, para cesar la vulneración de su derecho a la salud, de acuerdo a las consideraciones de este fallo.

OCTAVO. REVOCAR en el expediente T-6.006.543, el ordinal séptimo del fallo de instancia y, en su lugar, ORDENAR a Cafesalud EPS el reembolso de los gastos de transporte, estadía y alimentación de Aldo Gil y su acompañante, causados con ocasión del procedimiento que se le practicó. Asimismo, ORDENAR que se le sufraguen los gastos en que deba incurrir, en el caso en que la EPS deba practicarle un procedimiento adicional en cumplimiento de esta orden.

NOVENO. PREVENIR a Cafesalud EPS y a Coomeva EPS que, hechos como los conocidos en los expedientes T-5.987.352, T-6.001.403 y T-6.006.543, son constitutivos de transgresiones al derecho a la salud, razón por la cual no deben volver a presentarse.

DÃ‰CIMO. Por SecretarÃ­a General, lÃ­brense las comunicaciones previstas en el artÃ­culo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

ComunÃ­quese y cÃ©mplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÃ‰REZ

Magistrado

ROCÃ­O LOAIZA MILIÃN

Secretaria General (e)

1 Competencias fundamentadas en las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

2 Esta manifestaciÃ³n, que se encuentra en el folio 62 del expediente, no cuenta fecha de expediciÃ³n, logo o firma que lo identifique como respuesta de la EPS.

3 No hace referencia a alguna fecha precisa o aproximada.

4 Visible en pÃ¡ginas 5 y 6 del expediente.

5 En las copias de la historia clÃ­nica que anexÃ³ la agente oficiosa, se encuentra la remisiÃ³n de cirugÃ­a a la que hace referencia en los hechos. En la pÃ¡gina 5 del expediente se encuentra el siguiente concepto del mÃ©dico especialista Alberto Pretelt Villadiego: â€œ(â€¦) requiere curetaje Ã³seo y valorar por cx vascular, en espera de respuesta de remisiÃ³n.â€

6 “Ordenar que se me garantice el tratamiento integral como medicamentos POS y NO POS, exámenes generales y especializados, hospitalización cuando el caso lo amerite, cirugía y demás en razón de la enfermedad que padezco de forma permanente y oportuna (es decir que no haya demora) en la cantidad y periodicidad que se requiera para el tratamiento específico teniendo en cuenta su estado de salud, que el servicio de salud se me preste como lo contempla el acuerdo 30 de seguridad social en salud del Ministerio de Salud.”

7 Corte Constitucional, Sentencia T-819 de 2001.

8 Sobre los requisitos de la agencia oficiosa ver, entre otros, los siguientes pronunciamientos: T-044 de 1996, T-555 de 1996, SU-707 de 1996, T-315 de 2000, T-1012 de 2000, T-451 de 2001, T-531 de 2002, T-301 de 2003, T-898 de 2003, T-312 de 2009, T-388 de 2012 y T-094 de 2013.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-312 de 2009.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2014.

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999.

12 Corte Constitucional, sentencias SU-189 de 2012.

14 Corte Constitucional, Sentencia SU-499 de 2016.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-299 de 2009.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-788 de 2013.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-410 de 2013.

18 Artículo 86 de la Constitución Política.

19 Tales excepciones también son enunciadas por la Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y el Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

20 Corte Constitucional, sentencias T-827 de 2011 y T-477 de 2013.

21 El artículo 41 de esta ley, desarrolla las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-119 de 2008.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-644 de 2015.

24 Ibidem. Se retoman las sentencias T-344 de 2002, T-053 de 2004, T-616 de 2004, T-130 de 2007, T-641 de 2007, T-489 de 2007, T-523 de 2007 y T-760 de 2008.

25 Esta misma observación ya había sido planteada en la sentencia T-206 de 2013 en los siguientes términos: «Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigir el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.» Ver también la sentencia T-728 de 2014.

26 Corte Constitucional, sentencias T-862 de 2013, T-316A de 2013, T-678 de 2014 y T-450 de 2016.

27 La razón por la cual la Corte decidió apartarse de la sentencia, estuvo estrechamente relacionada con las particularidades del caso concreto resuelto en esa oportunidad, y no por una consideración abstracta de las características del proceso ante la entidad administrativa.

28 Este plazo ya ha sido considerado razonable en las sentencias T-094 de 2016, T-036 de 2017 y T-037 de 2017, entre otras.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2011.

30 Según se lee en el folio 60, el motivo de la consulta del 6 de junio de 2016 fue: «Remitida por LV ciro con dx de síndrome deushing, que después de operada de tumor en hipofisis ha perdido 25 kgs de peso. Esto produjo gran exceso de piel y TCS en

pared abdominal que cuelga. Esto produce intertrigo e irritación cutánea en el pubis. || Opinión plan: Abdominoplastia funcional.

31 Este plazo ya ha sido considerado razonable en las sentencias T-094 de 2016, T-036 de 2017 y T-037 de 2017, entre otras.

32 Disponible en: Folio 36.

33 Disponible en: Folio 5.

34 Disponible en: Folio 1.

35 Disponible en: Folio 6.

36 Caso de Aldo Alexis Zapata Gil y Yalis Jazmán David Cortez.

37 Caso de Berly del Carmen Torres Rodríguez.

39 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

40 “Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

41 Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 2016.

42 Corte Constitucional, sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002, entre otras.

43 Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2016, que a su vez retoma las sentencias T-460 de 2012, T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

44 Contenidos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 y en sentencias como la C-313 de 2014. Estos elementos fueron determinados y dilucidados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N.º 14 (‘‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000’’).

45 Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2016.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2015.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-206 de 2013.

48 Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2015.

49 Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 2016.

50 Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

51 Corte Constitucional, Sentencia T-763 de 2016.

52 ‘‘Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS y se dictan otras disposiciones.’’

53 Ibídem., artículo 8.7.

54 Ibídem., artículo 8.8.

55 Retoma el precedente de la sentencia T-1176 de 2008.

56 Corte Constitucional, Sentencia T-159 de 2015 y T-026 de 2011.

57 Corte Constitucional, sentencias T-076 de 1999, T-956 de 2005, T-038 de 2007 y T-159 de 2015, entre otras.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 2014: ‘‘(‘‘) no pueden las Entidades Promotoras de Salud negar la prestación del servicio requerido, bajo este argumento [que se trata de cirugías excluidas del POS], pues el reglamento por el cual se rigen dichas

entidades, establece que las cirugías plásticas con fines reconstructivos funcionales, que como ya se dijo son las que buscan disimular y reconstruir los efectos destructivos de un accidente o trauma, serán prestadas por las EPS.

59 Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 2014.

60 Corte Constitucional, Sentencia T-159 de 2015.

61 Corte Constitucional, Sentencia T-096 de 2016.

62 Corte Constitucional, Sentencia T-197 de 2003.

64 Corte Constitucional, Sentencia T-790 de 2013.

65 Ídem.

66 Ídem.

67 Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2003.

68 Corte Constitucional, Sentencia T-635 de 2001.

69 Corte Constitucional, sentencias T-1037 de 2001, T-576 de 2003, T-289 de 2004 y T-117 de 2005.

70 “Pese a que se me ha dado la autorización, no se programa la cirugía.” Disponible en: Folio 2.

71 Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 2014.

72 Visible en varios apartados del expediente T-6.006.543: folios 5, 6 y 7.

73 Corte Constitucional, sentencias T-495 de 2001, T-692 A de 2007, T-178 de 2008, T-975 A de 2008, T-170 de 2009, T-957 de 2009, T-130 de 2012 y T-532 de 2012, entre otras.

74 Al ser preguntada al respecto, la agente oficiosa respondió: “Me pagaron el tiquete de ida, pero a mí le dieron de alta un sábado y ese día no había a quien solicitarle el dinero para el regreso. Me dijeron que solicitara los recibos, pero hasta el momento no me

han pagado nada de los gastos del viaje.â€

75 Concede el amparo de los derechos fundamentales del agenciado.

76 Ordena la remisi3n del agenciado a CX cardiovascular.

77 Establece que los tratamientos o procedimientos que no se encuentren en el POS, deben garantizarse, por lo que la EPS puede repetir contra la Direcci3n Seccional de Salud de Antioquia.

78 Ordena brindar al agenciado un tratamiento integral.

79 Concede el cubrimiento del transporte para el agenciado y su acompa±ante.