

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

LEY 1122/07-Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Jurisprudencia constitucional

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de manera mayoritaria por la Corte Constitucional, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual. De esta manera, la acción de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjurarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad. Además, la tutela procede excepcionalmente en los eventos en que derivado de un análisis se establezca que el mecanismo a surtirse ante la Superintendencia no es idóneo o eficaz. La Corte ha resaltado que como criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud se debe llevar a cabo un estudio de cada caso para determinar: (i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz. En este punto se hace imperioso que el juez de tutela tenga en cuenta que la

Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan presentar las demandas por función jurisdiccional al correo funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co y adelantar el procedimiento vía internet.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Improcedencia de tutela por cuanto mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud es idóneo para la solución de controversias relacionadas con la prestación de servicios de salud

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

Esta Corporación expone que el hecho superado se presenta cuando “la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío”.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se autorizó procedimiento quirúrgico requerido por accionante

Referencia: Expedientes T-5.976.842 y T-6.039.132 (AC).

Acciones de tutela interpuestas por Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS (Expediente T-5.976.842) y Martha María Marín Orozco contra Sura EPS (Expediente T-6.039.132)

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por el magistrado Alberto Rojas Ríos y las magistradas Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos (i) el 12 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal de Cartagena de Indias en primera instancia y el 19 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS (Expediente T-5.976.842); y (ii) el 3 de febrero de 2017 por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín en única instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Martha María Marín Orozco contra Sura EPS (Expediente T-6.039.132). Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para revisión por la Sala de Selección Número Tres, mediante auto del 30 de marzo de 2017.¹

I. ANTECEDENTES

Las señoras Tomasa Cecilia Pérez Martínez y Martha María Marín Orozco presentaron acciones de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por Salud Total EPS y Sura EPS, respectivamente, entidades que negaron la autorización de procedimientos quirúrgicos ordenados por los médicos tratantes de las accionantes al considerarlos de carácter estético. A continuación, se exponen los antecedentes de las acciones de tutela:

1. Expediente T-5.976.842

1. Hechos

1. La señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez, de 47 años de edad,² se encuentra afiliada dentro del Sistema de Seguridad Social a Salud Total EPS en calidad de cotizante.

1. En noviembre de 2014 se le practicó una cirugía bariátrica en atención a su diagnóstico de obesidad por exceso de calorías.³ La accionante manifiesta que el procedimiento generó flacidez en la piel de su abdomen, brazos y glúteos. Adicionalmente, precisa que debido a la cirugía presenta senos hipomásticos y ptosicos grado II, lo que afecta su salud física y emocional.⁴

1. Asegura que luego de ser valorada por especialistas en nutrición, dermatología, psicología, el profesional del programa de obesidad y el cirujano plástico, su médico tratante emitió orden para realizar una reconstrucción con pexia mamaria y mamoplastia de aumento bilateral con colocación de implantes redondos marca Netrelle.⁵ Añade que también se emitieron órdenes para llevar a cabo exámenes pre quirúrgicos y la valoración por anestesiología.

1. Mediante acta del 8 de agosto de 2016, el Comité Técnico Científico de Salud Total EPS dejó constancia de la decisión a través de la cual se negó la reconstrucción mamaria con prótesis al considerar que el procedimiento solicitado es de carácter estético. En el documento se lee lo siguiente:⁶

1. La accionante sostiene que la decisión de la EPS demandada vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social, ya que no cuenta con los

recursos económicos para costear dichos servicios. Por lo anterior, solicita que ordene a la accionada autorizar y garantizar la prestación de la reconstrucción mamaria con pexia mamaria y mamoplastia de aumento bilateral con colocación de implantes redondos marca Netrelle,⁸ tal como lo ordenó su médico tratante.

1. Traslado y contestación de la demanda⁹

1. La Administradora principal de Salud Total EPS sucursal Cartagena de Indias presentó escrito de contestación el 9 de septiembre de 2016 e indicó que la accionante hace parte del régimen contributivo con rango salarial 1.

1. Sobre la decisión del Comité Técnico Científico que negó la autorización del procedimiento ordenado indicó que “si bien es cierto que luego de una pérdida considerable de peso gran parte de la piel queda en colgajo no es cierto que la paciente presente senos pequeños (hipomastia) por haber disminuido de peso, esa es su condición mamaria la cual estaba alterada por el sobrepeso que presentaba la paciente”.

1. Aseveró que una cirugía bariátrica genera cambios dramáticos en el organismo y que dichos efectos secundarios se le explicaron a la paciente en varias oportunidades. Preciso que la condición de la accionante de tener las mamas pequeñas no es una patología y que debido a la disminución de peso las mamas volvieron al volumen natural.

1. Señaló que “el aumento de senos que pretende es una necesidad estética que quiere subsanar la usuaria para con ella misma y la sociedad”. Finalmente, solicitó declarar improcedente la acción de tutela y negar la pretensión de ordenar el tratamiento integral. De manera subsidiaria pidió que, de emitirse fallo contrario a los intereses de entidad, se

profiera orden para autorizar el recobro de las sumas que deban ser asumidas por la atención de la paciente.

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

1. El Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal de Cartagena de Indias, mediante sentencia del 12 de septiembre de 2016, negó el amparo de los derechos solicitados por la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez. El despacho se refirió a la sentencia T-381 de 2014 en la que la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional señaló los criterios para determinar si una cirugía plástica en los senos tiene propósitos funcionales o reconstructivos. Sostuvo que dentro del material probatorio que se adjuntó no existe concepto emitido por el médico tratante en el que se demuestre que el procedimiento es necesario para garantizar la vida en condiciones dignas de la actora ni que carezca de recursos económicos para costear el valor del servicio médico. Finalmente, determinó que los efectos negativos de la enfermedad no hacen necesaria la intervención del juez constitucional.

1. La accionante presentó escrito de impugnación el 15 de septiembre de 2016. Indicó que el procedimiento que se le ordenó no es de carácter estético y que la prescripción que emitió su médico tratante se dio en atención a la cirugía bariátrica que le fue practicada. Resaltó que es una persona de escasos recursos y que con la negativa de la entidad demandada se afecta su vida familiar y sus derechos a la vida digna y a la salud física y mental.

1. El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias confirmó la decisión de primera instancia que negó el amparo de los derechos de la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez, mediante sentencia del 19 de octubre de 2016. Señaló que de los elementos materiales probatorios no se puede concluir “que se trate de un procedimiento con fines reconstructivos o funcionales y que la falta del servicio médico que viene ordenado vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal”. Para terminar, concluyó que los senos

hipomásticos y ptosicos son “condiciones asociadas a un desarrollo insuficiente y la caída de las mismas, y no necesariamente al procedimiento quirúrgico que se enuncia como antecedente en la presente acción de tutela”.

1. Expediente T-6.039.132

1. Hechos

1. La señora Martha María Marín Orozco, de 67 años de edad,¹⁰ se encuentra afiliada a Sura EPS en calidad de beneficiaria. Asegura que acudió al servicio oftalmológico ya que sus párpados se encuentran caídos, situación que le genera sensación de pesadez y cansancio en los ojos lo que interfiere con su rutina diaria pues, por ejemplo, cuando ve televisión y lee se duerme con facilidad.

1. A la accionante se le diagnosticó ptosis de las cejas y otros trastornos degenerativos del párpado y del área periocular.¹¹ El 8 de agosto de 2016 la oftalmóloga tratante ordenó el procedimiento denominado Frontoplastia endoscópica bilateral en la Clínica Santa Lucía bajo anestesia general.¹²

1. El 16 de agosto del 2016, la oftalmóloga tratante radicó ante Sura EPS solicitud para que se autorizara el procedimiento y para justificar la práctica del servicio médico o prestación no POS puso en conocimiento de la entidad lo siguiente:

“La justificación de la frontoplastia endoscópica en este paciente radica en que la patología evidenciada es la ptosis de las cejas la cual debe ser corregida con la blefaroplastia superior. Si solo se realiza la blefaroplastia superior, la retracción cicatricial que se presentaría posteriormente, haría reaparecer los síntomas del paciente y haría muy difícil, casi imposible

realizar una corrección a dicha patología en otro tiempo quirúrgico”.¹³

1. Mediante escrito del 16 de agosto de 2016, Sura EPS le comunicó a la accionante que la solicitud presentada sería evaluada por el Comité Técnico Científico y que la respuesta a la petición sería adoptada dentro de los siete días hábiles siguientes.

1. El 18 de agosto de 2016, el Comité Técnico Científico negó la autorización del servicio médico ordenado por considerarlo de carácter estético. Sobre el particular indicó lo siguiente:

“El comité verifica la historia clínica y encuentra que este servicio es de carácter estético, ya que la frontoplastia busca lograr rejuvenecimiento del tercio superior facial, mejorando las arrugas de la frente, corrigiendo la ptosis o cualquier inclinación hacia debajo de las cejas, así como las patas de gallina, las líneas del entrecejo (glabellares verticales y horizontales en la raíz de la nariz) y cualquier prominencia frontal o de los rebordes orbitarios, así como la asimetría de la posición de las cejas. Este tipo de tecnología endoscópica ofrece ventajas sobre la cicatriz quirúrgica, pero no existen estudios que lleven los resultados postoperatorios a un largo plazo, documentando su eficiencia, con respecto a la Blefaroplastia superior más la corrección de Ptosis palpebral. Por lo que es una TECNOLOGÍA NO FINANCIADA CON CARGO A LA UPC según el artículo 132 de la Resolución 5592 de 2015; por lo que no se puede autorizar. El Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social es un plan finito el cual tiene limitaciones y los servicios autorizados con recobro al Estado deben guardar el equilibrio y justicia distributiva entre todos los usuarios del Sistema”.¹⁴

1. Traslado y contestación de la demanda¹⁵

1. La Representante legal y judicial de la EPS y Medicina Prepagada Suramericana SA se pronunció respecto de la tutela mediante documento del 25 de enero de 2017 y solicitó declarar la improcedencia de la acción. Señaló que el servicio ordenado se encuentra por fuera de la cobertura del POS de acuerdo al artículo 130, numeral 14 de la Resolución 5521 de 2013. Indicó que el servicio “excede los alcances del Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia y se trata de una TECNOLOGÍA NO FINANCIADA CON CARGO A LA UPC”.

1. Decisión judicial objeto de revisión

1. El Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín, mediante fallo del 19 de octubre de 2016, negó el amparo de los derechos invocados. Indicó que el procedimiento conocido como Frontoplastia endoscópica bilateral se encuentra excluido del POS de acuerdo con la Resolución 521 del 27 de diciembre de 2013. Adicionalmente, señaló que no se acreditó que la falta del servicio amenace o ponga en riesgo la vida de la accionante y que debido a que el procedimiento es considerado estético no es posible que el juez constitucional ordene su autorización.

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

1. Auto del 6 de junio de 2017

La Magistrada sustanciadora, mediante auto del 6 de junio de 2017, solicitó a la señora Martha María Marín Orozco y a Sura EPS que informaran al despacho si con posterioridad a la determinación del Comité Técnico Científico adoptada el 18 de agosto de 2016, se emitió orden y autorizó otro procedimiento o servicio médico para tratar el diagnóstico de ptosis de las cejas y otros trastornos degenerativos del parpado y del área periocular de la accionante.¹⁶

1. Respuesta de Sura EPS

El representante legal del Sura EPS informó en su respuesta que el procedimiento denominado Frontoplastia-ritidectomía de frente (vía coronal o abierta) ya fue autorizado y se llevará a cabo en la organización Santa Lucía SA que se encuentra ubicada en la ciudad de Medellín.¹⁷ Señaló que existe un hecho superado y que no se debe conceder el amparo “pues se estaría tutelando un derecho fundamental que al momento no se encuentra vulnerado”.

1. Respuesta de la señora Martha María Marín Orozco

La señora Martha María Marín Orozco remitió a la Corte Constitucional respuesta al auto proferido y señaló que había interpuesto la acción de tutela ante la negativa de la entidad demandada de ordenarle el servicio médico prescrito. No obstante, sostuvo que la cirugía requerida ya le fue autorizada por Sura EPS y espera que se le indique fecha para que se adelante el procedimiento. Añadió que el documento de la autorización expedida no lo tiene en su poder pues se encuentra en la Clínica Santa Lucía (Poblado). La accionante anexó junto con su escrito de contestación la copia del documento en el que la médica tratante solicitó a través de la plataforma Mipres, el procedimiento denominado ritidectomía de la frente endoscópica (Frontoplastia endoscópica).¹⁸

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedibilidad

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia. Dicho esto, la Sala procederá a realizar el análisis de los requisitos de procedencia de la tutela.

1. Legitimación en la causa por activa y pasiva

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar de manera directa o por quien actué a su nombre la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”.

1. Inmediatez

1. Subsidiariedad

1. Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado”.²⁰

1. El legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de resolver los conflictos relacionados con la protección del derecho a la salud. De esta manera, la Sala estudiará las características y el procedimiento del mecanismo en cuestión para lo

cual se referirá a su marco jurídico y a la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Marco jurídico

1. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” los asuntos en los que exista conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios.²¹

1. Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 adicionó tres literales y modificó el párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con lo que se amplió el número de asuntos que puede conocer la Superintendencia Nacional de Salud dentro de su función jurisdiccional. Adicionalmente, el artículo consagró que el procedimiento dispuesto es preferente y sumario y que deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. De esta manera, los asuntos que actualmente pueden ser sometidos a consideración de la entidad son los siguientes:

“a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;

c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

1. Igualmente, el artículo 127 de la Ley 1438 de 2011 adicionó un párrafo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 con el que se permitió decretar medidas cautelares dentro del procedimiento jurisdiccional.

1. Por otra parte, la Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación que se encuentra dentro de la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud (art. 7 Decreto 1018 de 2007) habilitó el correo electrónico funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co, por lo que las demandas por función jurisdiccional pueden ser presentadas por dicho medio. Se debe destacar que para el correcto ejercicio de la función asignada, la Superintendencia creó un grupo interdisciplinario (compuesto por médicos, enfermeras expertas en auditoría, abogados especializados en diferentes áreas del derecho, administradores de empresas y contadores) y capacitó a sus funcionarios para que los abogados de la delegada contaran con todos los elementos para desarrollar la función jurisdiccional.²² Finalmente, de acuerdo con el Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2016, el ejercicio de la función jurisdiccional y de conciliación logró la Certificación del Sistema de Gestión de Calidad bajo las normas ISO 9001: 2008 y la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública (NTCGP) 1000:2009 por parte de la firma Bureau Veritas.²³

Jurisprudencia constitucional

1. La Corte Constitucional en la sentencia C-117 de 2008²⁴ resolvió la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. El actor advirtió que la función jurisdiccional conferida a la Superintendencia Nacional de Salud era incompatible con las de inspección, vigilancia y control previstas en el Decreto 1018 de 2007 para la entidad.²⁵ La Corte determinó que la concurrencia de facultades de inspección, vigilancia y control con facultades jurisdiccionales en la misma superintendencia es factible si se cumplen los siguientes requisitos:

“(i) las materias específicas deben estar precisadas en la ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios”.

1. La Corte declaró la exequibilidad del texto demandado “en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”.

1. Por otra parte, esta Corporación en la sentencia C-119 de 2008²⁶ se pronunció con respecto a una nueva demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. El actor sostuvo en su primer cargo que “la norma acusada viola los artículos 228 y 229 de la Constitución Política en consonancia con el artículo 29 ibídem, pues la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud no se hace en las condiciones de independencia e imparcialidad constitucionalmente exigidas para el ejercicio de la función judicial”. Como segundo cargo adujo que la facultad atribuida a la Superintendencia usurpaba la competencia del juez de tutela para resolver los conflictos atinentes a la vulneración del derecho a la salud.

1. La Corte Constitucional se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-117 de 2008 en relación con el primer cargo. Por otra parte, este Tribunal desestimó el cargo relativo a la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir las controversias sobre la cobertura del plan obligatorio de salud pues estimó que el mismo “parte de una comprensión incorrecta de la naturaleza de la acción de tutela, por un lado, y de la excepción de inconstitucionalidad, por otro”. Sobre la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud recalcó lo siguiente:

“[E]n modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente”.

1. En materia de tutela, existen diferentes pronunciamientos en los que la Corte Constitucional se ha referido a la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección del derecho a la salud pese a la existencia del mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud. Inicialmente, en la sentencia T-1078 de 2007²⁷ la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional adujo que, en principio, se debe agotar el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 lo que no obsta para que se lleve a cabo un análisis sobre su eficacia e idoneidad.

1. En la sentencia T-653 de 2008,²⁸ este Tribunal estudió la acción de tutela interpuesta por un ciudadano con diagnóstico de cuadriplejía total y diabetes quien solicitó a su EPS que le suministrara el tratamiento que requería de manera intrahospitalaria y no en su domicilio como lo aconsejaron profesionales de la entidad demandada. La Sala se refirió a la facultad

jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud y la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela para solicitar la protección del derecho a la salud. En la providencia se resaltó que en las hipótesis en que la amenaza o la vulneración de derechos se presente por no ordenar servicios incluidos en los planes obligatorios, se debe agotar el procedimiento establecido en la Ley 1122 de 2007. Sin perjuicio de lo anterior, indicó que “tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección”.

1. Más adelante, en la sentencia T-274 de 200929 se revisó el caso de un ciudadano a quien se le negó una autorización para ser valorado por oftalmología. En esta oportunidad, la Sala se refirió a la sentencia C-119 de 2008, recalcó que la existencia del mecanismo alterno para resolver la controversia no desplaza la competencia atribuida al juez de tutela y que, para el caso particular, la configuración del perjuicio irremediable estaba dada por la necesidad de la autorización del examen ordenado al accionante por lo que tuteló el derecho a la salud del actor.

1. Asimismo, en las sentencias T-756 de 201230 se analizó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano quien solicitó que el examen denominado “phmetría con impedanciometría”, que se le había autorizado en una IPS en Bogotá, le fuera practicado en la ciudad en la que residía (San Juan de Pasto). La Sala Segunda de Revisión resaltó que el juez constitucional debe determinar en cada caso si el procedimiento a surtirse ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz para garantizar la protección de derechos fundamentales o si por el contrario, la tutela procede como mecanismo transitorio. En esta oportunidad, la Sala confirmó la sentencia de única instancia que declaró la improcedencia de la acción de amparo ante el incumplimiento del requisito de subsidiariedad debido a que el accionante no había acudido al ente administrativo de la salud para resolver su controversia y, por lo tanto, se ordenó remitir copia del expediente a dicha entidad para que

tramitara el asunto de acuerdo a la competencia que le fue asignada.

1. Luego, en las sentencias T-825 de 2012,³¹ T-914 de 2012³² y T-916 de 2012,³³ la Sala Segunda de Revisión³⁴ señaló que el procedimiento que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud resultaba idóneo y eficaz para solicitar la protección de derechos fundamentales debido a su carácter informal, sumario, principal y preferente; a que se pueden decretar medidas cautelares y por la celeridad del proceso. De acuerdo a lo anterior, la Sala ordenó remitir los expedientes a la Superintendencia para que avocara conocimiento y tramitara dichos asuntos de acuerdo a la Ley 1438 de 2011.

1. Con posterioridad, la Sala Segunda de Revisión en las sentencias T-004 de 2013³⁵ y T-188 de 2013³⁶ adecuó su posición con respecto al requisito de subsidiariedad en los eventos en los que mediante una acción de tutela se presenten controversias entre entidades promotoras de salud y sus usuarios. La Sala concluyó que debido a las circunstancias particulares de los accionantes (una persona de la tercera edad y un menor de edad, respectivamente), el procedimiento ante la Superintendencia de Salud resultaba idóneo, pero no eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

1. Por su parte, en la sentencia T-042 de 2013³⁷ la Sala Segunda de Revisión dentro del análisis de subsidiariedad hecho advirtió que para ese momento no se podía verificar la idoneidad del mecanismo jurisdiccional pues no se había reglamentado.

1. Ahora bien, en la sentencia T-206 de 2013³⁸ se analizaron varias acciones de tutela en las que los accionantes solicitaban que se les suministrara el transporte hasta el lugar en el que se prestaban los servicios médicos requeridos y la autorización de procedimientos médicos. La Sala se refirió al procedimiento dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011. Preciso que la norma enunciada estableció un término de diez días para resolver la primera instancia y tres días

para presentar la impugnación pero que sobre la segunda instancia no señaló término alguno. A juicio de la Sala, no existe certidumbre sobre la duración del trámite y que “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”.

1. En la sentencia T-316A de 201339 se analizó la acción de amparo interpuesta por una madre en representación de su hija debido a la negativa de una EPS de autorizar un examen médico ordenado por el médico tratante de la menor y los gastos de traslado y viáticos si el servicio se prestaba en un municipio diferente a Neiva. En el análisis de subsidiariedad del caso, la Sala sostuvo que “resulta desproporcionado señalar que el mecanismo ante la Superintendencia de Salud es preferente sobre la acción de tutela, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos procedimientos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos”.

1. De igual manera, mediante las sentencias T-560 de 2013 y T-683 de 2013,⁴⁰ esta Corporación adujo que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud era, en principio, idóneo y eficaz. No obstante, en los casos en que se encuentre en riesgo la vida, la salud y la integridad de las personas resulta “desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias”.⁴¹

1. En contraposición, mediante la sentencia T-558 de 201442 se declaró la improcedencia de la tutela interpuesta por la madre de un menor quien aseguró que los derechos de su hijo

eran vulnerados por una EPS que no asumió los gastos de una hospitalización en urgencias del niño. La Sala de Revisión consideró que en el caso no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable y que la controversia debía ser resuelta por la Superintendencia de Salud, entidad a la que remitió copia del expediente para que avocara el conocimiento inmediato del asunto.

1. En la sentencia T-603 de 2015⁴³ este Tribunal revisó la tutela interpuesta por un agente oficioso solicitando la protección de los derechos de una mujer de 80 años quien se vio afectada por la negligencia de su EPS al entregar los medicamentos e insumos médicos ordenados para tratar su diagnóstico de enfermedad pulmonar obstructiva. La Sala llevó a cabo un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud como mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social y concluyó lo siguiente:

“[E]l ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un mecanismo judicial, ordinario, informal y sumario que se ejerce ante la Superintendencia de Salud para la efectiva protección del derecho a la salud que, de acuerdo con esas características, es prevalente y principal. Sin embargo, tal como sucede con las demás acciones ordinarias, su eficacia para la protección de un derecho fundamental debe evaluarse en el caso concreto, en el que su insuficiencia o la necesidad de una protección inmediata del derecho pueden abrirle paso a la tutela de forma directa”.⁴⁴

1. Adicionalmente, realizó un estudio del procedimiento jurisdiccional y aclaró que la Ley 1438 de 2011 no estableció el término con el que cuentan las salas laborales de los tribunales superiores del país para desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, consideró que, por vía de analogía, se podían aplicar “los términos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

1. Finalmente, la Sala confirmó el fallo de instancia que declaró la improcedencia de la acción de amparo por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, envió copia del expediente para que la Superintendencia Nacional de Salud asumiera el conocimiento del asunto y exhorto al Congreso de la República para que regulara el término “en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con la competencia que les asignó el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

1. De la misma manera, en la sentencia T-633 de 201545 la Corte analizó dos tutelas en las que las accionantes solicitaban la autorización de procedimientos odontológicos que se les habían sido ordenados. La Sala reiteró las consideraciones de la sentencia T-603 de 2015 y estimó que las dos acciones de amparo eran improcedentes debido a que las peticionarias no acudieron al mecanismo jurisdiccional del que trata el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

1. A su vez, en la sentencia T-644 de 201546 la Corte se pronunció con respecto de varias tutelas en las que los accionantes solicitaban servicios o tecnologías en salud. La Sala adujo que la acción de amparo es procedente, pese a la existencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia, “en aquellos eventos en los que se advierta la configuración de un perjuicio irremediable, que se presenta cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o un derecho constitucional fundamental, sufra un menoscabo”. De la misma manera, dejó claro que se debe determinar si en cada caso existen circunstancias que demuestren que el procedimiento en dispuesto ante la Superintendencia no es eficaz.⁴⁷

1. En la sentencia T-098 de 201648 se revisaron dos acciones de tutela interpuestas para que

se garantizara el suministro de medicamentos y otros insumos médicos a dos adultos mayores. La Sala indicó que la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con oficinas regionales en las principales cabeceras departamentales del país y estimó que las dos acciones de tutela eran procedentes pues: (i) en el primer caso no se podía exigir a la persona que hiciera uso del mecanismo jurisdiccional ante la entidad debido a que vivía en un municipio ubicado a 500 km de la capital del departamento y porque no se encontraba acreditado que podía realizar el trámite vía internet y (ii) en el segundo caso advirtió que la falta de entrega de los medicamentos podría generar un perjuicio irremediable. Finalmente, se establecieron las siguientes reglas:

“(i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”.

1. En la sentencia T-306 de 201649 se revisó el caso de una accionante a quien la EPS demandada le negó la autorización de la terapia con linfocitos paternos que le fue ordenada por su ginecóloga tratante. La Sala determinó que el mecanismo ante el ente administrativo de la salud no era adecuado por la especialidad de lo solicitado y por “la precariedad que se ha advertido frente a ese mecanismo, con relación al término para resolver el recurso de apelación en segunda instancia por los Tribunales Superiores, el cual no ha sido aún regulado por el legislador”. La Sala Cuarta de Revisión tuteló los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de la peticionaria.

1. En la sentencia T-400 de 201650 esta Corporación revisó la acción de tutela en la que se solicitó la protección de los derechos fundamentales de una mujer diagnosticada con “esclerosis múltiple, distrofia muscular y espasticidad” a quien no se le prestaba de manera

eficiente el servicio de salud. Por lo anterior, la accionante solicitó la entrega inmediata y permanente de medicamentos e insumos médicos y la autorización de terapias, citas con especialistas y de una auxiliar de enfermería.⁵¹ Pese a la existencia del mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia de Salud, la Sala concedió el amparo transitorio de los derechos debido a que se determinó que la amenaza de los derechos fundamentales era inminente, que se necesitaba con urgencia el suministro de insumos y servicios médicos y ante la urgencia, la gravedad y el menoscabo a la salud de la paciente. En consecuencia, ordenó a la EPS demandada el suministro de una enfermera domiciliaria y que determinara la necesidad del suministro del insumo denominado Harmetone. Por su parte, ordenó a la accionante “acudir a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de esta providencia, para obtener de manera definitiva el suministro de los medicamentos, insumos y tratamientos médicos POS y NO POS referidos en la presente sentencia”.

1. Por su parte, en la sentencia T-450 de 201652 la Corte estudió dos acciones de tutela interpuestas para solicitar la protección de los derechos fundamentales de un joven diagnosticado con esquizofrenia paranoide y un adulto mayor, los cuales requerían la autorización de un servicio de rehabilitación por consumo de alucinógenos e internación en un hogar geriátrico, respectivamente. La Sala decidió amparar los derechos de los accionantes y dentro del análisis de procedencia determinó que “la idoneidad del mecanismo jurisdiccional que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud debe analizarse en cada caso”. Adicionalmente, reiteró que las “condiciones de salud de la persona que acude a la acción de amparo y la urgencia de una resolución pronta no deben pasarse por alto y pueden ser motivos suficientes para desplazar al mecanismo jurisdiccional” y que los problemas de los usuarios para acceder al mecanismo deben tenerse en cuenta pues la Superintendencia no tiene presencia en todas las ciudades y los municipios del país.

1. En la sentencia T-014 de 201754 se estudiaron cuatro acciones de tutela en las que los accionantes solicitaron servicios médicos y el suministro de varios insumos médicos que no

fueron autorizados por las EPS demandadas. La Sala reiteró que el juez de tutela debe determinar si el trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz y si la solicitud tiene como fundamento una negativa o una conducta omisiva de la EPS. Señaló que el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia “descuidó cierta precisión acerca de los términos de solución de la herramienta, especialmente en lo que toca con el trámite de los recursos” y, por lo tanto, determinó que el requisito de subsidiariedad se encontraba superado en todos los casos.

1. Finalmente, en la sentencia T-178 de 201755 se analizaron dos acciones de tutela en las que se solicitó la autorización de varios servicios médicos e insumos médicos a los accionantes. La Sala de Revisión llevó a cabo un análisis legal y jurisprudencial de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud y concluyó que el juez constitucional debe analizar si dicho trámite es idóneo y eficaz. Para ello, el estudio debe tomar en consideración: (i) si existe competencia expresa a la Superintendencia de Salud para conocer del asunto, si esta “cuenta con presencia en el lugar de residencia del accionante” y si el peticionario tiene acceso a la plataforma de la entidad dispuesta para resolver las demandas por función jurisdiccional, (ii) si hubo una negativa o una omisión por parte de la EPS y (iii) que la jurisprudencia constitucional flexibilizó el requisito de subsidiariedad frente a trámites administrativos y judiciales por lo que la tutela es procedente cuando se determine que estos no sean idóneos, eficaces ni céleres por las condiciones del paciente o “cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta”.⁵⁶ La Sala revocó las sentencias de instancia, declaró la carencia actual de objeto con respecto a uno de los expedientes y concedió los derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la salud y a la dignidad humana en el otro caso.

1. En suma, el Legislador asignó una función jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social (art. 41, Ley 1122 de 2007 y art. 126-127, Ley 1438 de 2011). Dicho procedimiento preferente y sumario permite a la entidad fallar en derecho, definitivamente y con las facultades de un juez las controversias puestas en su

conocimiento.

1. Esta Corporación se ha referido a la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y determinó que los funcionarios que desarrollan la competencia jurisdiccional de la Superintendencia no pueden ser los mismos que tienen a su cargo las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la entidad. De igual manera, esta Corte consideró que la función jurisdiccional de la Superintendencia es principal y prevalente mientras que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario, lo que no impide que la acción constitucional proceda como mecanismo transitorio.

1. Sumado a lo anterior, existe un extenso número de sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema en particular. Inicialmente, la Corte consideró que el procedimiento para resolver las controversias atinentes al derecho a la salud debía agotarse previo el estudio de su eficacia e idoneidad. Con posterioridad, la Sala Segunda de Revisión declaró que el trámite a surtirse ante la Superintendencia era idóneo y eficaz. No obstante, la misma Sala en el año 2013 adecuó su posición y declaró que el mecanismo en cuestión no era eficaz y que su idoneidad no se podía verificar ya que no había sido reglamentado.

1. Más adelante, este Tribunal señaló que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011 estableció los términos de primera instancia y en el que se puede presentar la impugnación, pero no reguló el término para que se resuelva la segunda instancia dentro del mecanismo jurisdiccional. Sobre este punto, la Sala Quinta de Revisión en la sentencia T-603 de 201557 consideró que por vía de analogía se puede aplicar el término previsto “en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”. Esta Corporación señaló en el Auto 232 de 2001 que la aplicación del principio de analogía supone (i) la ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; (ii) que el caso

previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador y (iii) que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo. En dicha providencia, la Corte determinó, por vía de analogía, el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación.⁵⁸

1. Finalmente, las sentencias de esta Corporación han hecho énfasis en que el juez de tutela se debe abstener de remitir las diligencias a la Superintendencia cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas y que se debe hacer un análisis de cada caso para determinar si el procedimiento ante el ente administrativo de la salud es idóneo y eficaz o si, por el contrario, puede ser desplazado por la acción de amparo.

Conclusiones

1. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de manera mayoritaria por la Corte Constitucional, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual. De esta manera, la acción de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjurarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad.⁵⁹ Además, la tutela procede excepcionalmente en los eventos en que derivado de un análisis se establezca que el mecanismo a surtir ante la Superintendencia no es idóneo o eficaz.

1. La Corte ha resaltado que como criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud se debe llevar a cabo un estudio de cada caso para determinar: (i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva

prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz. En este punto se hace imperioso que el juez de tutela tenga en cuenta que la Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales.⁶⁰ Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan presentar las demandas por función jurisdiccional al correo funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co y adelantar el procedimiento vía internet.

1. Examen de procedencia (Expediente T-5.976.842)

1. La Sala considera que la acción de tutela interpuesta por la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS cumple con los requisitos de procedencia referentes a la legitimación en la causa por activa y pasiva. Lo anterior si se tiene en cuenta que la acción de amparo fue interpuesta de manera directa por la señora Pérez Martínez para solicitar la protección de sus derechos fundamentales y se dirigió contra la EPS que le negó la autorización de la reconstrucción mamaria con pexia mamaria y mamoplastia de aumento bilateral con colocación de implantes redondos marca Netrelle.

1. Por su parte, el requisito de inmediatez se cumple a cabalidad ya que la tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos de la accionante y la presentación de la acción. Prueba de ello es que la decisión del Comité Técnico Científico de Salud Total EPS que negó la autorización del procedimiento médico solicitado data del 8 de agosto de 2016 y la acción se presentó el 30 de agosto del mismo año, por lo que entre uno y otro evento solo transcurrieron 22 días.

1. Ahora bien, a juicio de la Sala no se acreditó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en la tutela de la referencia tal como pasará a explicarse:

1. Como se indicó en el acápite dedicado al requisito de subsidiariedad dentro del capítulo de procedencia, la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con la facultad jurisdiccional de resolver, entre otras cosas, las controversias “[s]obre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo” de acuerdo con el literal e del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

1. De acuerdo a los antecedentes del caso se tiene que la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez, de 47 años de edad, se encuentra afiliada dentro del Sistema de Seguridad Social a Salud Total EPS en calidad de cotizante y que debido a un diagnóstico de obesidad por exceso de calorías le fue practicada una cirugía bariátrica en noviembre de 2014, lo que le generó senos hipomásticos y ptosicos grado II.

1. Con posterioridad, su médico tratante ordenó una reconstrucción mamaria con pexia mamaria y mamoplastia de aumento bilateral con colocación de implantes redondos marca Netrelle. No obstante, la situación de la señora Pérez Martínez fue analizada por el Comité Técnico Científico de Salud Total EPS quien mediante acta del 8 de agosto de 2016 negó la autorización del procedimiento por considerarlo de carácter estético. De acuerdo al concepto de la cirujana plástica consultada, la paciente tiene mamas de bajo volumen por la pérdida de peso y no hay en la historia clínica mención “de alteraciones dermatológicas o mecánicas asociadas a la hipomastia, por lo cual no hay pertinencia desde el punto de vista Funcional para realizar una mamoplastia de Aumento. Tener las mamas pequeñas no corresponde a una patología sino a una condición mamaria que puede ser corregida desde el punto de vista Estético”.⁶¹

1. Como se dijo con anterioridad, la jurisprudencia constitucional señala que un perjuicio es irremediable cuando es inminente, su daño o menoscabo es grave, las medidas para conjurarlo son urgentes y la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la

gravedad.

1. Para la Sala, en el caso de la accionante no se configura un perjuicio irremediable pues la falta de autorización de la reconstrucción mamaria no representa un perjuicio inminente ni grave para la salud de la peticionaria. De acuerdo a los elementos de prueba obrantes en el expediente, la paciente no presenta ni alteraciones dermatológicas o mecánicas asociadas con la hipomastia. Además, la medida para superar el supuesto perjuicio no es de urgencia por lo que la tutela no es impostergable para restablecer el orden social justo. En este caso, la discusión gira en torno a si el servicio médico ordenado y no autorizado por el Comité Técnico Científico de Salud Total EPS es de carácter estético.

1. Por lo anterior, la controversia debe ser remitida a la Superintendencia Nacional de Salud para que dentro de su función jurisdiccional resuelva la cuestión de la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS y decida sobre la pretensión de autorizar el servicio médico.

1. En consecuencia, la Sala revocará las sentencias proferidas el 12 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal de Cartagena de Indias, en primera instancia, y el 19 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias, en segunda instancia, que confirmó la decisión de negar la acción de tutela interpuesta por la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS. En su lugar, declarará la improcedencia de la acción de amparo. Finalmente, la Sala enviará copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que asuma el conocimiento inmediato del asunto y proceda a tramitarlo de acuerdo a la función jurisdiccional que le fue conferida.

1. Examen de procedencia (Expediente T-6.039.132)

1. Tratándose del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela interpuesta por Martha María Marín Orozco contra Sura EPS, la Sala estima que efectivamente existe legitimación en la causa por activa y pasiva en atención a que la señora Marín Orozco presentó directamente la acción de amparo para solicitar la protección de sus derechos fundamentales y dirigió la misma contra la EPS que le negó el servicio médico denominado frontoplastia endoscópica bilateral.

1. Además, en este caso la decisión del Comité Técnico Científico que negó la autorización del servicio médico ordenado por considerarlo de carácter estético se tomó el 18 de agosto de 2016 y la tutela se presentó el 20 de enero de 2017, por lo que entre la actuación que supuestamente vulneró los derechos de la accionante y la presentación de la acción pasaron cinco meses y dos días.

1. Ahora bien, aunque la señora Martha María Marín Orozco no acudió a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver su controversia y vive en la ciudad de Medellín, lugar donde se encuentra una oficina regional la Superintendencia, para esta Sala la acción de tutela supera el análisis de subsidiariedad si se tiene en cuenta que: (i) la actora tiene 67 años de edad, (ii) el oftalmólogo tratante de la accionante señaló al momento de solicitar el procedimiento para corregir el problema que aqueja de la accionante que existe “un severo compromiso visual en los cuadrantes superiores, de forma bilateral”⁶² y (iii) que el Comité Técnico Científico de la EPS demandada señaló en el acta mediante la cual negó la ridentomía - Lifting- o frontoplastia endoscópica que la corrección de ptosis palpebral por suspensión frontal con sutura es un procedimiento incluido en el POS que reemplaza el solicitado por el médico tratante.⁶³

1. En este caso, la accionante presenta una afectación en su salud debido al deterioro visual que fue comprobado por su oftalmólogo tratante y que debe ser corregida de manera pronta para que se elimine la sensación de cansancio visual, signos de astenópicos y las cefaleas ocasionales. Adicionalmente, la señora Martha María Marín Orozco es una persona de la

tercera edad por lo que declarar la improcedencia de la tutela por no haber acudido a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver su controversia representaría una demora injustificada y agravaría su situación. Se reitera que aunque la EPS demandada le negó la autorización del servicio médico solicitado por considerarlo estético, lo cierto es que el médico tratante consignó en la historia clínica que el procedimiento ordenado se justifica debido a que la ptosis palpebral genera una afectación en la visión de la peticionaria que debe ser tratada. A su vez, el mismo Comité Técnico Científico de Sura EPS señaló que existe un servicio que reemplaza el solicitado y que podía ser prestado a la señora en atención a su diagnóstico.

1. Asunto previo

1. Luego del análisis de procedencia, la Sala considera necesario llevar a cabo un estudio para establecer si se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado con respecto a la acción de tutela interpuesta por Martha María Marín Orozco contra Sura EPS (Expediente T-6.039.132).

1. Para resolver el asunto previo planteado la Sala hará referencia a la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto por hecho superado y analizará si se configuró la figura en el caso particular.

1. Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto por hecho superado

1. La Corte Constitucional ha reiterado que la carencia actual de objeto se presenta ya sea por hecho superado o por daño consumado. Tratándose de la primera hipótesis, esta Corporación expone que el hecho superado se presenta cuando “la situación de hecho de la

cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío”.⁶⁴

1. Ahora bien, esta Corporación ha resaltado que cuando el supuesto de hecho que motiva la acción de tutela se supera o cesa en sede de revisión, corresponde a la Corte Constitucional confirmar o revocar las sentencias de instancia pese a que se declare la carencia de objeto, de manera que la decisión emitida sea acorde al ordenamiento superior⁶⁵ y, por lo tanto, se debe proferir un fallo de fondo en el que se analice si existió o no una vulneración de los derechos fundamentales invocados, el alcance de los mismo de acuerdo a los elementos materiales probatorios allegados al proceso⁶⁶ y si procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados, caso en el cual el examen debe abarcar: “(i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición⁶⁷; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva⁶⁸”.⁶⁹

1. Más adelante, la Corte Constitucional señaló que la carencia actual de objeto por hecho superado se puede presentar por ausencia de interés jurídico o sustracción de materia y que, en esos casos, la obligación del juez de tutela no es necesariamente pronunciarse de fondo, salvo cuando se “estime necesario hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”.⁷⁰ Siguiendo dicha postura, en las sentencias T-701 de 2016⁷¹ y T-118 de 2017⁷² se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado y pese a que la satisfacción de las pretensiones de los actores se presentó en sede de revisión, las Salas no se pronunciaron de fondo.

1. En la acción de tutela interpuesta por Martha María Marín Orozco contra Sura EPS (Expediente T-6.039.132) se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado

1. La señora Martha María Marín Orozco, de 67 años de edad, interpuso acción de tutela contra Sura EPS y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a la atención integral en salud.

1. La accionante fue diagnosticada con ptosis de las cejas y otros trastornos degenerativos del párpado y del área periocular por lo que se le ordenó el procedimiento denominado frontoplastia endoscópica bilateral. Mediante acta del 18 de agosto de 2016, el Comité Técnico Científico negó la autorización del servicio médico ordenado por considerarlo de carácter estético y resaltó que la corrección de ptosis palpebral por suspensión frontal con sutura es un procedimiento incluido en el POS que reemplaza el solicitado por el médico tratante.⁷³

1. De acuerdo a las respuestas remitidas por la señora Martha María Marín Orozco y Sura EPS en sede de revisión, se demostró que con posterioridad a la sentencia de tutela de única instancia proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín, el 19 de octubre de 2016, a la accionante se le autorizó el procedimiento denominado frontoplastia-ritidectomía de frente (vía coronal o abierta), servicio que se llevará a cabo en la organización Santa Lucía SA en la ciudad de Medellín.

1. En vista de lo anterior, la Sala estima que no es necesario adelantar un pronunciamiento de fondo pues se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado dentro de la tutela de la referencia ya que desaparecieron los motivos que dieron origen a la solicitud de amparo.

1. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del 19 de octubre de 2016 proferida por el

Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín que negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora Martha María Marín Orozco. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por hecho superado.

I. DECISIÓN

El mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal para resolver las controversias entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios, de acuerdo a la competencia asignada por los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011. La acción de tutela procede de manera excepcional y desplaza el proceso del ente administrativo de la salud cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable o que dicho mecanismo no es idóneo o eficaz. El análisis del requisito de subsidiariedad deberá tomar en consideración que la Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano pues su sede principal está en Bogotá y sus oficinas regionales se encuentran en solo 5 ciudades capitales.⁷⁴ Adicionalmente, deberá analizar si el accionante podía adelantar el trámite vía internet debido a la posibilidad de presentar la demanda por función jurisdiccional en el correo electrónico funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- En el expediente T-5.976.842, REVOCAR las sentencias proferidas el 12 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal de Cartagena de Indias, en primera instancia, y el 19 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena de Indias, en segunda instancia, que confirmó la decisión negar la acción de tutela interpuesta por la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez contra Salud Total EPS. En su lugar, declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de amparo.

SEGUNDO.- ENVIAR copia del expediente T-5.976.842 a la Superintendencia Nacional de Salud, para que asuma el conocimiento inmediato del asunto y proceda a tramitarlo de acuerdo a la función jurisdiccional que le fue conferida.

TERCERO.- En el expediente T-6.039.132, REVOCAR la sentencia del 19 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín que negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora Martha María Marín Orozco. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General

1 Sala de Selección Número Tres de 2017, integrada por los magistrados Iván Humberto Escrucería Mayolo (E) y Aquiles Arrieta Gómez (E).

2 Según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía, la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez nació el 5 de febrero de 1970 en Ciénaga (Magdalena), por lo que actualmente tiene 47 años de edad. Folio 5 del cuaderno principal del expediente.

3 De acuerdo con la copia de la historia clínica que anexó la accionante, la cirugía bariátrica se llevó a cabo en el mes de noviembre de 2014. Folio 13 del cuaderno principal del expediente.

4 Según consta en la historia clínica, la señora Tomasa Cecilia Pérez Martínez presenta “ptosis mamaria grado II, más hipomastia, con medidas de hoerquilla a pezón de 27 cmts y diámetro areolar de 5 cmts además de flacidez en piel de abdomen, brazos y región glútea”. Folio 14 del cuaderno principal del expediente.

5 La accionante anexa copia de las dos órdenes en las que el especialista en cirugía plástica ordenó la reconstrucción mamaria con pexia mamaria y mamoplastia de aumento bilateral con colocación de implantes marca Netrelle. Folios 7 y 8 del cuaderno principal del expediente.

6 Según consta en la copia del acta del Comité Técnico Científico de Salud Total EPS, la solicitud de la reconstrucción mamaria con prótesis fue presentada el 31 de mayo de 2016. Folio 6 del cuaderno principal del expediente.

7 Folio 6 del cuaderno principal del expediente.

8 La accionante anexó copia del documento en el que consta la orden de implantes mamarios redondos marca Netrelle. Folio 7 del cuaderno principal del expediente.

9 El Juzgado Segundo de Ejecución Civil Municipal de Cartagena de Indias, mediante auto del 30 de agosto de 2016, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a la entidad demandada para que en el término de cuarenta y ocho horas, contadas a partir del recibo de la comunicación, ejerciera su derecho a la defensa.

10 Según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía, la señora Martha María Marín Orozco nació el 5 de junio de 1950 en Nariño (Antioquia), por lo que actualmente tiene 67 años de edad. Folio 20 del cuaderno principal del expediente.

11 Junto con la demanda de tutela, la accionante anexó copia de su historia clínica. Folio 11 del cuaderno principal del expediente.

12 De acuerdo a la copia de la prescripción médica emitida el 8 de agosto de 2016 por la oftalmóloga tratante, a la señora Martha María Marín Orozco se le ordenó la práctica del servicio médico conocido como Frontoplastia endoscópica bilateral para autorizar en la Clínica Santa Lucía bajo anestesia general. Folio 9 del cuaderno principal del expediente.

13 En el documento que presentó para solicitar la autorización de la Frontoplastia endoscópica bilateral, la oftalmóloga tratante se refirió a la justificación del procedimiento y describió el cuadro clínico de la siguiente manera: “Paciente de 66 años de edad quien consulta referido a oculoplastica por presentar cuadro de varios meses de evolución de sensación de cansancio visual, signos de astenópicos cefaleas ocasionales. Al examen físico se le encuentra una marcada ptosis de las cejas, con hiperfunción del musculo frontal, y los músculos corrugadores depresores de las cejas. Signo de conner y signo de flower bilateral. Se solicitó campimetría visual, la cual evidencia un severo compromiso visual en los cuadrantes superiores, de forma bilateral y que corrigen con la tracción del microporo en las cejas. Dichos hallazgos hacen a este paciente candidato a frontoplastia endoscópica”. Folio 10 del cuaderno principal del expediente.

14 El acta del Comité Técnico Científico contiene un capítulo del soporte de la evidencia y justificación del uso de la tecnología no incluida en el POS, la verificación de los criterios de evaluación y autorización y los criterios definidos por la Corte Constitucional para la aprobación de exclusiones expresas del POS definidos en la Sentencia T-160 de 2014. Folio 18-19 del cuaderno principal del expediente.

15 El Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín, mediante auto del 23 de enero de 2017, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a la entidad demandada para que en el término de dos días, contados a partir del recibo de la comunicación, ejerciera su derecho a la defensa.

16 Mediante Auto del 6 de junio de 2017, la Magistrada ponente solicitó la siguiente información a la accionante y la entidad accionada con base en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional: “PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se OFICIE a la señora Martha María Marín Orozco y a Sura EPS, para que

en el término de dos (2) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informen si con posterioridad a la decisión proferida por el Comité Técnico Científico el 18 de agosto de 2016, se prescribió y autorizó otro servicio o procedimiento médico para tratar el diagnóstico de ptosis de las cejas y otros trastornos degenerativos del párpado y del área periocular”.

17 SURA EPS anexó la orden de recobro en la que consta que a la señora Martha María Marín Orozco se le ordenó una ritidectomía de frente (vía coronal o abierta)-frontoplastia para ser realizada en la organización Santa Lucía SA. Folio 57 del cuaderno de Secretaría del expediente.

18 Junto con la respuesta, la accionante anexó copia de la Historia Clínica en la que consta que en consulta del 6 de mayo de 2017 la oftalmóloga tratante ordenó lo siguiente: “PACIENTE CON DISGNOSTICO DE SINDROME DE RELAJACIÓN PERIORBITARIA QUE LE OBSTACULIZA SU CAMPO VISUAL SUPERO TEMPORAL AFECTANDO SU CALIDAD VISUAL. MOTIVO POR EL CUAL SE ORDENA EL PROCEDIMIENTO POR MIPRES RIDECTOMÍA DE LA FRENTE ENDOSCÓPICA FRONTOPLASTIA ENDOSCÓPICA (868205). PRECIPCIÓN REGISTRADA EXITOSAMENTE CON NÚMERO DE SOLICITUD: 20170505190000853156”. Folio 21 del cuaderno de Secretaría del expediente.

19 Corte Constitucional, sentencias SU-961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

20 Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo y SU 772 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

21 Ley 1122 de 2007. Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la

respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. || Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

22 En el Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2014 se advirtió que “la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación se rediseño, modernizando su despacho y nombrando un grupo interdisciplinario de funcionarios (médicos, enfermeras expertos en auditoría, abogados especializados en diferentes áreas del derecho, administradores de empresas, contadores), igualmente se contrató asesoría profesional de entidades como DERSOCIAL, con quienes se logró que todos los abogados de esta dependencia se capacitaran y alcanzaran el perfil del ‘Jueces de la Salud’. Esquema éste que se socializó con la Ciudadanía y Actores del Sistema de Salud, lo que arrojó un incremento considerable en el número de demandas y/o solicitudes en esta función”.

23 De acuerdo al Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2016 “Con base en un modelo de IVC más técnico y eficiente, con los avances metodológicos realizados y la actualización de procesos y procedimientos y el ejercicio de la función jurisdiccional y de conciliación, la SNS realizó sus funciones durante el año 2016, logrando no solamente la Certificación del Sistema de Gestión de Calidad bajo las normas ISO 9001: 2008 y la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública (NTCGP) 1000:2009 por parte de la firma Bureau Veritas, sino lo más importante, impactando de manera positiva en la garantía del derecho a la salud de los Colombianos y en el mejoramiento del SGSSS”.

24 Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

25 En la sentencia C-117 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte Constitucional resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿Vulnera el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (artículo 229 de la Constitución) la atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias relacionadas con asuntos sobre los cuales también ejerce facultades de inspección, vigilancia y control? y, (ii) ¿Vulnera el principio de la doble instancia (artículo 31 de la Constitución) y los derechos a la igualdad (artículo 13 de la Constitución) y al acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución), el que la norma acusada no establezca la apelación de las decisiones adoptadas por los funcionarios de la Superintendencia de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales?

27 Corte Constitucional, sentencia T-1078 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en la que la Sala señaló lo siguiente: “respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección”. El anterior argumento fue reiterado en las sentencias T-1080 de 2007, T-216 de 2008, T-1180 de 2008, T-1214 de 2008, T-1229 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-365 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) y T-791 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada; SV Luís Ernesto Vargas Silva).

28 Corte Constitucional, sentencia T-653 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

29 Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

30 Corte Constitucional, sentencia T-756 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo).

31 Corte Constitucional, sentencia T-825 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo), en la que la Sala Segunda de Revisión estudió las acciones de tutela interpuestas por dos madres en

representación de sus hijos diagnosticados con autismo y en las que se solicitó la protección de los derechos fundamentales de los menores ante la negativa de las entidades accionadas de autorizar el suministro de terapias de rehabilitación integral y terapia comportamental ABA. La Sala determinó que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud era idóneo y eficaz y ordenó remitir copia de los expedientes para que la entidad avocara conocimiento de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011.

32 Corte Constitucional, sentencia T-914 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo). En esta providencia, la Sala Segunda de Revisión analizó una acción de amparo en la que se solicitó la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad diagnosticado con parálisis cerebral espástica cuya EPS no autorizó el servicio de transporte para trasladarlo desde su domicilio al lugar en el que se llevaban a cabo sus terapias ocupacionales y sus citas médicas. La Sala determinó que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud era idóneo y ordenó remitir copia del expediente para que la entidad avocara conocimiento de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011.

33 Corte Constitucional, sentencia T-916 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo), en las que la Sala Segunda revisó el caso de un accionante quien interpuso acción de tutela ante la negativa de la EPS demandada de autorizar el procedimiento quirúrgico llamado liberación de simblefaron y la colocación de una prótesis ocular. La Sala reiteró que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud era idóneo y ordenó remitir copia del expediente para que la entidad avocara conocimiento de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011.

34 La Sala Segunda de Revisión era integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

35 Corte Constitucional, sentencia T-004 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez). La tutela fue interpuesta por una accionante, de 77 años de edad, quien solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna debido a que Salud Total EPS negó la autorización de los servicios médicos de enfermería, fisioterapia, terapias respiratorias y de lenguaje, audiología y atención médica; así como el suministro de los siguientes insumos: cloruro de sodio, espirinolactona, omeprazol, valproico

ácido, catéteres, jeringas, nutriflon, gasa, algodón, ensure, entre otros. La Sala indicó que, pese a la existencia de un mecanismo para resolver su controversia, la tutela era procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De esta manera, tuteló el derecho fundamental a la salud y al diagnóstico de la accionante y ordenó a la EPS demandada que valorara si se requería de un colchón antiescaras, terapias y el servicio de enfermería domiciliaria y de ser necesarios se autorizaran.

36 Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), en la que la Sala Segunda de Revisión se pronunció con respecto a la acción de tutela interpuesta por una madre en calidad de agente oficiosa de su hijo. Señaló que la EPS accionada no había dado cumplimiento a la orden de realizar el implante de prótesis ocular debido a problemas administrativos. La Sala expuso que la entidad demandada vulneró los derechos del accionante debido a que las barreras administrativas impuestas al agenciado dilataron la entrega de la prótesis ocular que le había sido ordenada. Finalmente, expuso que la acción de amparo era procedente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que el mecanismo ante la Superintendencia de Salud resultaba idóneo, pero no eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

37 Corte Constitucional, sentencia T-042 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo). La Sala revisó el caso de un accionante a quien se le negó el suministro de un medicamento que no contaba con registro sanitario del INVIMA. En esta oportunidad se declaró que la tutela era procedente pues, pese a que se solicitó información sobre la implementación del procedimiento establecido en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, no se podía verificar la idoneidad del mecanismo jurisdiccional ya que no se había reglamentado. Sin perjuicio de ello, se confirmó la sentencia mediante la cual se negó el amparo de los derechos.

38 Corte Constitucional, sentencia T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

39 Corte Constitucional, sentencia T-316A de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

40 Corte Constitucional, sentencias T-560 de 2013 y T-683 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

41 Corte Constitucional, sentencia T-226 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SVP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En la que se reiteró que no es posible remitir asuntos a la

Superintendencia Nacional de Salud dentro de su facultad jurisdiccional cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud y la integridad de las personas. Lo anterior de acuerdo con las sentencias T-560 de 2013 y T-683 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

42 Corte Constitucional, sentencia T-558 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo). La Sala declaró la improcedencia de la acción de tutela debido a que no se acudió al mecanismo jurisdiccional del que trata el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. La regla de la decisión fue la siguiente: “[l]a acción de tutela es improcedente cuando se demuestra que el proceso establecido por la Ley 1438 de 2011 para surtir trámite a los casos que conozca la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, razón por la cual debe acudirse a éste antes de interponer una demanda de tutela, para efectos de cumplir el requisito de subsidiaridad”.

43 Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP Jorge Iván Palacio Palacio).

44 Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP Jorge Iván Palacio Palacio).

45 Corte Constitucional, sentencia T-633 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

46 Corte Constitucional, sentencia T-644 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

47 La sentencia T-707 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) reiteró la tesis del fallo T-644 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). La sentencia recalcó que el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es, en principio, idóneo para la protección de derechos fundamentales. No obstante, la Sala aseguró que la tutela es procedente “cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un bien de alta significación objetiva protegido por el ordenamiento jurídico o a un derecho constitucional fundamental, que requiera medidas urgentes e impostergables para evitar su ocurrencia”.

48 Corte Constitucional, sentencia T-098 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

49 Corte Constitucional, sentencia T-306 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV

Gloria Stella Ortiz Delgado). 50 Corte Constitucional, sentencia T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

51 Aunque la sentencia T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se dirigió en contra de Saludcoop EPS, la entidad entró en liquidación y debido al mal servicio de Cafesalud EPS, entidad que asumió la prestación del servicio de salud de los afiliados de la liquidada, la accionante se afilió a Sura EPS que fue vinculada al trámite de la acción.

52 Corte Constitucional, sentencia T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

53 Corte Constitucional, sentencia T-558 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa, AV Alejandro Linares Cantillo).

54 Corte Constitucional, sentencia T-014 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Gloria Stella Ortiz Delgado).

55 Corte Constitucional, sentencia T-178 de 2017 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo; SVP Iván Humberto Escrucería Mayolo).

56 Las “[r]eglas de subsidiariedad de la acción de tutela frente al procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud” que se mencionan en la sentencia T-178 de 2017 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo; SVP Iván Humberto Escrucería Mayolo) fueron reiteradas en los siguientes fallos: T-208 de 2017 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo; SVP Iván Humberto Escrucería Mayolo) y T-314 de 2017 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo).

57 Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; SVP Jorge Iván Palacio Palacio).

58 Corte Constitucional, Auto 232 de 2001 (MP Jaime Araújo Rentería) en el que la Corte señaló que “El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración: Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo”.

59 Sobre los elementos para que se configure un perjuicio irremediable pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: T-225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-355 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-846 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-293 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-633 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

60 La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

61 Folio 6 del cuaderno principal del expediente.

62 Folio 10 del cuaderno principal del expediente.

63 El acta del Comité Técnico Científico contiene un acápite en el que se indica que la corrección de ptosis palpebral por suspensión frontal con sutura es un procedimiento incluido en el POS, del mismo grupo farmacéutico que remplaza o sustituye la frontoplastia endoscópica solicitada por el médico tratante. Folio 18 del cuaderno principal del expediente.

64 Corte Constitucional, sentencia T-519 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo), en la que la Corte delimitó la figura del hecho superado. La definición ha sido reiterada en las siguientes providencias: T-338 de 1993 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-201 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-897 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y T-087 de 2017 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

65 Corte Constitucional, sentencias T-722 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-523 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-856 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-267 de 2008 (MP Jaime Araújo Rentería).

67 Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

68 Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

69 Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

70 Corte Constitucional, sentencia T-970 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-011 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-624 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-639 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-701 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos) y T-118 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

71 Corte Constitucional, sentencia T-701 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos). La tutela se interpuso para que se ordenara el reconocimiento de la pensión de invalidez a un accionante de 70 años de edad. el 27 de abril de 2016 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, Valle del Cauca, negó la protección de los derechos fundamentales (única instancia), la acción de tutela fue seleccionada para revisión mediante auto del 30 de agosto de 2016 y la pensión se reconoció a través de la Resolución GNR 332086 del 9 de noviembre de 2016. En este caso, la Sala Octava de Revisión no se pronunció de fondo y se limitó a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

72 Corte Constitucional, sentencia T-118 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). La tutela fue interpuesta por varios residentes de las veredas “El Cocuy” y “Santa Rosa”, en el Municipio de Villavicencio (Meta), quienes solicitaron la protección de sus derechos y que las entidades accionadas adelantaran las obras necesarias para mitigar los riesgos producidos por el eventual desbordamiento del Río Guayuriba. La Sala Civil, Laboral y de Familia del Tribunal Superior de Villavicencio, revocó la sentencia proferida por el juez de primera instancia y declaró la improcedencia del amparo, la acción de tutela fue seleccionada para revisión mediante auto del 17 de noviembre de 2016 y de acuerdo a la entidad accionada, “desde que la tutela fue seleccionada, Cormacarena inició la ejecución de las obras para evitar el desbordamiento del río”. La Sala Novena de Revisión no se pronunció de fondo y se limitó a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

73 El acta del Comité Técnico Científico contiene un acápite en el que se indica que la corrección de ptosis palpebral por suspensión frontal con sutura es un procedimiento incluido en el POS, del mismo grupo farmacéutico que reemplaza o sustituye la frontoplastia endoscópica solicitada por el médico tratante. Folio 18 del cuaderno principal del expediente.

74 Las oficinas regionales de la Superintendencia Nacional de Salud están ubicadas en las siguientes ciudades: Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe),

Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).