

Sentencia T-436/19

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

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se cumple (i) cuando la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial o no cuente con un recurso efectivo para la protección de sus derechos; o, (ii) cuando la persona, a pesar de contar con un mecanismo ordinario, acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, en el presente caso, la agenciada cuenta con otro mecanismo de defensa ante la Superintendencia de Salud. Sin embargo, al encontrarse en riesgo una de sus extremidades, la accionante acudió a la acción de tutela con el propósito de solicitar de manera urgente la protección a sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, para evitar de esta manera la amputación de su pierna. Entonces, la tutela cumplió el requisito de subsidiariedad al momento de su interposición.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

La autonomía del derecho fundamental a la salud tuvo su sustento en la dignidad humana como base de los derechos humanos y, por consiguiente, su protección garantiza el derecho a la vida digna. La Corte Constitucional ha reconocido que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”. En esta misma línea, la Corte ha sostenido que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave con el Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese sentido, “la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad”.

ACCESO A SERVICIOS MEDICOS NO CONTEMPLADOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-
Presupuestos jurisprudenciales

En el caso del mecanismo de protección individual, se estableció la herramienta tecnológica MIPRES, con la cual los profesionales de la salud deben prescribir u ordenar los servicios requeridos que no están incluidos en el PBSUPC, con la finalidad de garantizar el acceso a los usuarios y la financiación de los mismos.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración por EPS al no ordenar exámenes necesarios para evitar amputación de miembro inferior y contenidos en el PBS

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Se presentó amputación de miembro inferior a persona de tercera edad, se condena en abstracto por daño emergente

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS E.P.S garantice la prestación del tratamiento integral sin dilación o barrera administrativa y de conformidad con los principios de continuidad, oportunidad, accesibilidad e integralidad, según Ley 1751 de 2015

Referencia: Expediente T-7.078.910

Luz Amparo Pineda García como agente oficiosa de Odalinda García Velasco contra Comparta E.P.S. y Angiografía de Colombia.

Magistrado ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D. C., veinticinco de (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y solicitud

La señora Luz Amparo Pineda García como agente oficiosa de su progenitora Odalinda García Velasco presentó acción de tutela en contra de Comparta E.P.S. y Angiografía de Colombia, con el propósito de que sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida sean amparados. Lo anterior, debido a que las entidades demandadas se negaron a autorizar los siguientes procedimientos: (i) artrografía periférica de miembro inferior bilateral con aortograma abdominal urgente; (ii) cirugía cardiovascular; (iii) interconsulta por medicina especializada prioritaria; y, (iv) arteriografía, con el propósito de establecer qué procedimiento era el adecuado ante las complicaciones que la señora Odalinda García Velasco presentaba en su pie izquierdo.

A continuación se presentan los hechos más relevantes según fueron descritos en la demanda:

1.1 La señora Luz Amparo Pineda García manifestó que su madre, la señora Odalinda García Velasco presenta un diagnóstico de diabetes mellitus insulino dependiente.

1.2 Alega la accionante que cuando fue a sacar cita, el día 10 de agosto de 2018 ante Angiografía de Colombia, le fue informado que dicha empresa no podía recibir los documentos de la paciente con el propósito de agendar la cita médica, debido a que ella se encontraba hospitalizada y quien debía gestionar la respectiva cita era el centro médico donde se encontraba la paciente.

1.3 El 15 de agosto del 2018, Luz Amparo Pineda García, como agente oficiosa de su madre, presentó acción de tutela, solicitando que los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de su madre fueran amparados y se ordenara a la empresa amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de su madre, según la autorización de servicios No. 251050000505867, 251050000505870 y 251050000505876, con fecha de expedición del 25 de junio de 2018, el prestador

autorizado era Angiografía de Colombia, en la ciudad de Villavicencio, Meta[1].

De igual manera, la accionante manifiesta que, con motivo de la respuesta de Angiografía de Colombia, se dirigió al centro médico Hospital Departamental de Granada para solicitar la programación de la cita médica, para la cual fue informada por parte del centro médico que ellos no pueden realizar ninguna gestión de este tipo.

1.4 El Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mesetas, Meta, mediante Auto del 15 de agosto de 2018, admitió la acción de tutela en contra de Comparta E.P.S. y Angiografía de Colombia S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada a la salud, a la seguridad social y a la vida. El Juzgado Promiscuo Municipal corrió traslado de la demanda a las accionadas, Comparta E.P.S y Angiografía de Colombia, con el propósito de que se pronunciaran a respecto. De igual manera, vinculó a la Secretaría de Salud del Departamento del Meta, a la Secretaría Social y de Participación del Municipio de Mesetas-Meta y al Hospital Departamental de Granada. Por último, el Juzgado ordenó a Comparta E.P.S y a Angiografía de Colombia realizar las gestiones pertinentes para que en un término no superior a 24 horas, cumplieran con las citas solicitadas por la prescripción médica, debido a las condiciones precarias de la paciente.

2. Respuesta de las empresas accionadas y las entidades vinculadas

2.1 A través de comunicado del 27 de agosto de 2018, Comparta E.P.S. manifestó que la E.P.S. ha autorizado todos los servicios que la paciente ha requerido, de acuerdo con su obligación bajo la Resolución 5269 de 2017. De igual manera, afirmó que el suministro de aquellos servicios médicos que no se encuentren dentro del POS-S, le corresponde a la Secretaría de Salud Departamental de acuerdo con el artículo 3º de la Resolución 1479 de 2015. Con respecto a la autorización generada con la IPS Angiografía de Colombia, la E.P.S declara que a la fecha no se tenía contrato con dicha IPS[2].

La E.P.S. alega que, en el caso bajo estudio, la Gobernación de Meta, a través de la Dirección Departamental de Salud debe asumir y autorizar los servicios NO POS y excluidos del POS. Por consiguiente, la E.P.S concluye que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto su proceder se ajusta a las directrices trazadas y las competencias asignadas por la regulación jurídica vigente en relación con el Sistema General de Seguridad Social.

2.2 El 28 de agosto de 2018, la empresa Angiografía de Colombia emitió respuesta a la solicitud del Juez Promiscuo Municipal, en donde solicitó que la empresa fuera desvinculada de la acción de tutela, toda vez que la institución no tenía contrato suscrito con Comparta E.P.S, ni pertenecía a su red de prestadores de servicios. De igual manera, la Angiografía de Colombia manifestó que la E.P.S. era la encargada de garantizar el tratamiento integral a todos los usuarios, así como el suministro de todos los servicios de salud, de conformidad con la sentencia T-062 de 2017[3].

2.4 Por su parte, la Secretaría de Salud del Meta, a través de comunicado del 23 de agosto de 2018, manifestó que de conformidad con el artículo 57 de la Resolución 006408 de diciembre de 2016, “Por el cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC)”, las Entidades Promotoras de Salud deben garantizar a los usuarios los servicios y procedimientos incluidos en los anexos técnicos 1. Medicamentos; 2. Procedimientos; y 3. Laboratorio Clínico de la Resolución 0006408. En aquellos casos en los cuales el paciente requiera servicios NO-POS, la Secretaría informa que acorde con lo establecido por la Resolución 1479 del 06 de mayo de 2015, se establece el procedimiento para cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, que han sido suministrados a los afiliados en el régimen subsidiado, a través de dos modelos[5].

Para la Secretaría, la EPS-S es la responsable de autorizar los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al régimen subsidiado, así como de definir el prestador del servicio de salud que brindara dichos servicios, de acuerdo con su red contratada. Posterior a esto, el ente territorial realizará el pago a la IPS o al proveedor que brindó el servicio, dentro del proceso de cobro establecido en la Resolución 1124 de 2005.

Por otra parte, la Secretaría afirma que el servicio solicitado en el presente caso está cubierto por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación y que Comparta E.P.S. debe garantizar el acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud en su red prestadora o buscar una red alterna, conforme al nivel de complejidad requerido y en concordancia con la Resolución 006408 de 2016 y la Circular Externa 006 de 2011 de la Superintendencia Nacional de Salud y el Decreto 1011 de 2006 y en línea con los principios de accesibilidad, oportunidad, continuidad, seguridad y pertinencia.

Por último, el hospital Departamental de Granada, en respuesta del 27 de agosto de 2018, manifestó que el examen de arteriografía de miembro inferior bilateral con aortograma abdominal que le fue ordenado a la señora Odalinda García Velasco era un examen altamente especializado y no podía ser realizado en el hospital Departamental. Como consecuencia de lo anterior, el hospital manifiesta que es deber de la E.P.S a la que se encuentra afiliada la paciente, indicar el lugar y hacer los trámites pertinentes para que la usuaria cuente con el resultado de dicha orden y quien debe adelantar todas las actuaciones oportunas y pertinentes para que la paciente cuente con la atención a la que tiene derecho[6].

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1 Decisión del Juez de primera y única instancia

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mesetas, Meta, en providencia del 30 de agosto de 2018, resolvió la acción de tutela en contra de Comparta E.P.S y Angiografía de Colombia y declaró la carencia actual de objeto por daño consumado, toda vez que la accionante manifestó por vía telefónica a ese despacho, que los exámenes solicitados en el escrito de tutela ya no eran necesarios, en tanto su finalidad era determinar que tanto estaba comprometida la extremidad inferior y aquella ya había sido amputada de manera urgente en el Hospital Santa Clara de Bogotá[7].

El fallo de tutela no fue impugnado por las partes.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

La Sala de Selección de Tutelas Número Once, integrada por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo y la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger seleccionó la presente acción de tutela para revisión de la Corte Constitucional, expediente que fue enviado al despacho del Magistrado Sustanciador el 26 de noviembre de 2018.

De conformidad con la información recibida por el despacho del Magistrado Sustanciador el 14 de febrero de 2019, a través de comunicación vía telefónica con la señora Luz Amparo Pineda García, se conoció que la señora Odalinda García Velasco fue trasladada a la ciudad de Bogotá, que había sido atendida por el Hospital Santa Clara de la ciudad de Bogotá y que

su estado de salud se había deteriorado en los últimos meses.

En razón a esto, el Magistrado Sustanciador consideró la necesidad de adoptar medidas tendientes a garantizar la prestación del servicio de salud de la señora Odalinda, de forma que se garantice su derecho al diagnóstico, así como el tratamiento integral. Por este motivo, la Sala de Revisión a través de Auto del 19 de febrero de 2019, adoptó medida provisional y ordenó a Comparta E.P.S. que garantizara de manera inmediata los exámenes médicos solicitados por la accionante, hasta el momento en que se profiriera una decisión por parte de esta Corporación. Igualmente, se le solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud que verificara el correcto cumplimiento de la medida provisional dictada en dicha providencia.

Por otra parte, se ordenó la vinculación del Hospital Santa Clara y de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, al Ministerio de Salud y Protección Social, de la Secretaría de Salud del Meta para que se pronunciaran sobre la solicitud de la tutela y sobre el procedimiento y la ruta que debe seguir un paciente al momento de requerir un servicio no contemplado en el Plan de Beneficios. De igual manera, le fue solicitado a la empresa Comparta S.A. sobre los motivos que llevaron a negar la prestación del servicio y a la señora Luz Amparo García Pinera, como agente oficiosa de su madre, para que informara sobre el estado actual de la señora Odalinda, tras la amputación de su miembro inferior[8].

6. Respuesta de las entidades vinculadas

3.3.1. El 28 de febrero de 2019, se recibió la respuesta por parte de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en donde manifiesta que los servicios médicos requeridos por la accionante (servicio aortograma abdominal CUPS 87710 y arteriografía periférica de miembro inferior bilateral CUPS 878201), se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, de conformidad con la Resolución 5857 de 2018, por lo que para la Secretaría Distrital de Bogotá, deben ser garantizados por Comparta E.P.S., de acuerdo con la Ley 1122 de 2007.

Frente a la ruta que debe seguir el usuario al momento de requerir un servicio que no se encuentre contemplado en el Plan de Beneficios en Salud (NO POS[9]), la Secretaría manifiesta que la EPS-S a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá tramitar la entrega efectiva del servicio NO POS requerido, según el modelo de suministro de los

servicios de salud NO POS que haya elegido el departamento en donde opera la EPS-S[10]. La Secretaría manifiesta que, en todo caso, la E.P.S. debe gestionar la atención en salud a la paciente, independientemente de quien es encargada de financiar los servicios NO POS requeridos e independientemente de si el paciente se encuentra hospitalizado o no. Así mismo, advierte que la actuación del paciente dentro del proceso administrativo entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir, no interviene en procedimientos de autorización, solicitud de cotizaciones o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos.

3.3.2. A través de comunicado del 28 de febrero de 2019, la Unidad Santa Clara manifestó que nunca fue notificada de la acción de tutela interpuesta por la señora Odalinda García Velasco. No obstante, manifiesta que al verificar el historial clínico de la señora Odalinda en el centro hospitalario Santa Clara, pudo verificar que la accionante ingresó a la Unidad Santa Clara el 23 de agosto de 2018 por urgencias, presentando “un cuadro de 15 días de evolución consistente en dolor y cambios del tercio distal del miembro inferior izquierdo (con previa amputación de los dedos 3º y 4º del pie izquierdo – extrainstitucional), presentando en el momento de su consulta un cuadro de isquemia crítica del miembro inferior izquierdo”.

De conformidad con el historial clínico, la Unidad Santa Clara dio cuenta de que como consecuencia de la Diabetes Mellitus que presenta la accionante, se presentó un “compromiso vascular arteriosclerótico en vasos pequeño y mediano calibre que ocasionaron la disminución del flujo arterial en miembros inferiores lo que llevó a compromiso tisular que finalmente produce la pérdida de gran parte del miembro inferior izquierdo”[11], por este motivo, la Unidad Santa Clara manifestó que fue necesario realizar la amputación del miembro inferior izquierdo. Manifiesta también que desde la realización del procedimiento, la señora Odalinda fue valorada en dos oportunidades durante el posoperatorio de la amputación[12].

3.3.3. Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de comunicación del 28 de febrero de 2019, expuso que los servicios médicos solicitados por la señora Odalinda García Velasco, denominados: (i) arteriografía periférica de miembro inferior bilateral; (ii) aortograma abdominal; (iii) cirugía cardiovascular; (iv) interconsulta por medicina especializada prioritaria; y, (v) arteriografía de pie, se encuentran en la Resolución

5857 del 26 de diciembre de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por la cual se actualiza íntegramente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Igualmente, el Ministerio reitera el artículo 9º de la resolución mencionada establece las obligaciones que tienen las EPS respecto de la prestación de los servicios en salud, cuando las tecnologías se encuentran incluidas en el Plan de Beneficios. En este sentido, las entidades prestadoras de los servicios de salud no deben sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, en especial cuando se trata de servicios incluidos en el plan[13].

3.3.4. En respuesta del 26 de febrero de 2019, la Secretaría del Meta informó que los procedimientos solicitados por la señora Odalinda García Velasco y descritos anteriormente, se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud, el mismo que establece la obligación por parte de las entidades prestadoras de salud, de garantizar los insumos, suministros, materiales y los dispositivos médicos y quirúrgicos sin excepción. Frente a los servicios no incluidos dentro del POS, la Secretaría reiteró que existe una obligación en cabeza de la E.P.S de garantizar los servicios y tecnologías a los afiliados al régimen subsidiado y podrá realizar el respectivo cobro al ente territorial[14].

3.3.5. El 2 de abril de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud le informó a esta Corporación sobre las actuaciones adelantadas para vigilar e inspeccionar la medida provisional ordenada por la Corte Constitucional. Manifestó que le solicitó a Comparta E.P.S., sobre las medidas que ha tomado para garantizar la orden decretada por la Corte Constitucional, al igual que la evidencia sobre la autorización de portabilidad solicitada por la usuaria, en atención a que esta reside en la ciudad de Bogotá, así como la red de prestadores que se encuentra atendiendo a la usuaria.

En el anexo presentado por la Superintendencia Nacional de Salud, obra respuesta por parte de Comparta E.P.S, en donde manifiesta que los medios diagnósticos (aortograma abdominal y arteriografía periférica de una extremidad) fueron ordenados el 28 de agosto de 2018, para la entidad Centro Hospitalario de Cuidado Crítico del Llano S.A.S. No obstante, Comparta S.A manifiesta que este último hecho está siendo verificado con la IPS, toda vez que no hay evidencia de radicación de factura para cobro de servicio con cargo a este procedimiento y que además, esta IPS ya no hace parte de la red prestadora de servicios de salud de Comparta E.P.S[15].

4. Pruebas de obran en el expediente

(i) Copia de la Cedula de Ciudadanía de la señora Odalinda García Velasco y Luz Amparo Pineda García (folio 1 y 2 del cuaderno 2);

(ii) Historia clínica de la señora Odalinda García Velasco del Hospital Departamental de Granada (folio 3 y CD del cuaderno 2);

(iii) Copia de las autorizaciones No. 251050000505870, 251050000505867 y 251050000505876 de Comparta E.P.S dirigidas a la IPS Angiografía (folio 18 del cuaderno 2);

(iv) Acción de tutela de la señora Luz Amparo Pineda García, obrando en nombre de su madre Odalinda García Velasco (folio 21 del cuaderno 2);

(vi) Respuesta de la Secretaría Social y de Participación del Meta, Municipio de Mesetas (folio 35 del cuaderno 2)

(vii) Respuesta de la Secretaría de Salud del Meta (folio 45 del cuaderno 2);

(viii) Respuesta del Hospital Departamental de Granada (folio 47 del cuaderno 2).

(ix) Respuesta de Angiografía de Colombia (folio 53 del cuaderno 2);

(x) Respuesta de Comparta E.P.S (folio 51 del cuaderno 2);

(xi) Fallo del 30 de agosto de 2018, proferido, en primera instancia, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mesetas, Meta (folio 60 del cuaderno 2).

5. Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

El 19 de febrero de 2019, la Sala Quinta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ordenó incorporar al expediente las siguientes pruebas, con el objeto de verificar los supuestos de hecho que sirvieron de fundamento a la acción de tutela:

(i) Respuesta de la Secretaría Distrital de Salud (folio 42 del cuaderno 1);

(ii) Respuesta de la Subred Integrada de Prestación de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E y, historia clínica de la señora Odalinda García Velasco de la Unidad Santa Clara (folio 48 del cuaderno 1);

(iii) Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social (folio 58 cuaderno 1);

(iv) Respuesta de la Secretaría de Salud del Meta (folio 67 del cuaderno 1);

(v) Respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud (folio 104 del cuaderno 1).

Teniendo en cuenta lo anterior y como se desarrollara más adelante, las pruebas obtenidas en el expediente y en sede de revisión dan cuenta de que la señora Odalinda García Velasco fue dada de alta el 12 de agosto de 2018 por parte del Hospital Departamental, después de estar hospitalizada desde el 20 de julio de 2018, por la amputación de varios dedos de su pierna izquierda. Posterior a esta fecha, el 23 de agosto de 2018, la actora ingresó en estado crítico a la Unidad Santa Clara en la ciudad de Bogotá, en donde fue remitida para cirugía de “amputación transfemoral del miembro inferior izquierdo”[16].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86.3 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida de la señora Odalinda García Velasco, al omitir la práctica inmediata de los exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) examen de procedencia de la acción de tutela; (ii) la Seguridad Social como derecho fundamental; (iii) el derecho fundamental de las personas de la tercera edad y la

vida digna; (iv) Ley 1751 de 2015 – Ley Estatutaria de Salud; (v) acceso a servicios y tecnologías no incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud; y, finalmente, (vi) resolverá el caso concreto.

3. Cuestión previa. Carencia actual de objeto por daño consumado

La accionante presentó acción de tutela, como agente oficiosa de su progenitora, en contra de Comparta E.P.S y Angiografía de Colombia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y la vida, por la supuesta omisión de garantizar de manera inmediata los exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante y necesarios para determinar el procedimiento a seguir para su extremidad inferior izquierda. Sin embargo, durante el trámite de la decisión de primera instancia, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mesetas, Meta, corroboró que los exámenes médicos solicitados en la acción de tutela no eran necesarios, en tanto su finalidad era determinar que tanto estaba comprometida la extremidad inferior y aquella ya había sido amputada de manera urgente en el Hospital Santa Clara de Bogotá.

Conforme a lo anterior, antes de continuar con el estudio del asunto de la referencia, la Sala debe ocuparse del análisis de la posible configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado.

La naturaleza de la acción de tutela es ofrecer la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, cuando existe una alteración o desaparición de las circunstancias que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales objeto de estudio, la solicitud de amparo pierde su sustento, así como su razón de ser como mecanismo extraordinario y expedito de protección judicial. Lo anterior, “pues, al desaparecer el objeto jurídico sobre el que recaería la eventual decisión del juez constitucional, cualquier determinación que se pueda tomar para salvaguardar las garantías que se encontraban en peligro, se tornaría inocua y contradiría el objetivo que fue especialmente previsto para esta acción”[17]. En estos casos, se entiende que se está ante un fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado o por daño consumado.

Frente al hecho superado, esta Corporación ha considerado que se configura tal, en aquellos escenarios en donde la pretensión contenida en la demanda de tutela se satisface por completo entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el fallo judicial,

es decir, aquello que se pretendía lograr mediante la decisión judicial, ha acaecido antes de que el juez de tutela diera orden alguna.

Por otra parte, el daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental que se pretendía evitar a través de la acción de tutela se consolida o materializa, produciendo así el perjuicio que se pretendía evitar en primer lugar. En dichos casos, la acción de tutela pierde su razón de ser, toda vez que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete en el peligro, y lo único que procede ante estos casos, es el resarcimiento del daño causado por la vulneración de la acción de tutela.

En aquellos casos en los cuales se está ante un daño consumado, la acción que procede es la del resarcimiento del daño que se le ha generado al individuo por causa de la violación del derecho fundamental, con el propósito de obtener una reparación económica. Sin embargo, debido a que la acción de tutela es un mecanismo de carácter preventivo y no indemnizatorio, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente para lograr dicha indemnización.

De igual manera, esta Corporación ha manifestado que, los jueces de instancia y la misma Corte deben declarar la improcedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los cuales se esté ante un daño consumado. No obstante, esta Corporación también ha reiterado que se podrá declarar la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los cuales se está ante un daño consumado, siempre y cuando se establezca la necesidad de pronunciarse de fondo por la importancia que pueda tener un asunto, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, o por la necesidad de disponer de correctivos frente a otras personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional[18].

Al respecto, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-842 de 2011 manifestó que:

“la carencia actual de objeto se ha fundamentado en la existencia de un daño consumado y/o de un hecho superado. En ese sentido, en términos generales, se puede entender entonces que la carencia actual de objeto es la consecuencia jurídica del hecho superado o el daño consumado y deberá ser el juez de tutela entonces, el que determina, en cada caso concreto, si se deben tomar o no algunas medidas de reparación conducentes a restaurar

en parte el perjuicio ocasionado. Con todo, como se enunció previamente, la jurisprudencia constitucional reciente ha reconocido que si se configura un daño consumado, el juez constitucional no sólo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para indicar la garantía de no repetición”[19]

En la sentencia T-478 de 2015, la Corte conoció del caso de discriminación por parte de varias instituciones educativas, en contra de Sergio David Urrego Reyes, que conllevaron al fallecimiento del adolescente. En esta decisión, la Corte precisó que:

“Aunque la figura procesal de la carencia actual de objeto es una forma legítima, cuando la misma se configura, para decidir un caso de tutela no es permisible, ni siquiera deseable, que los jueces acudan a figuras procesales formales para limitar su acción. En este caso no solo hay un reto de ofrecer una solución particular al caso sino que, como se verá más adelante, existe la obligación de determinar si una falla estructural en el sistema educativo colombiano fue una causa eficiente para llevar a Sergio a tomar la decisión de suicidarse. Ante una responsabilidad tan importante, el juez no puede hacerse a un lado arguyendo que existen otros medios donde la víctima puede encontrar la reparación adecuada. Por su propia naturaleza, la justicia constitucional está para replantear constantemente estos paradigmas en el Derecho y por la universalidad de su acceso, es una oportunidad manifiesta para que los jueces fortalezcan su rol constitucional y encuentren en su quehacer diario la posibilidad de corregir fallas reiteradas en el sistema social.

La responsabilidad no es menor, y por eso mismo no puede ser esquivada por los jueces de tutela. La particularidad de la acción hace además que se puedan tomar medidas efectivas para evitar en lo posible que situaciones como las del presente caso se puedan evitar. Aplicar la figura de la carencia actual de objeto por daño consumado no solo desconoce el alcance y los límites de dicha figura en la jurisprudencia vigente de esta Corte sino que termina por cerrar la puerta a una persona que considera que fue victimizada lo que desvirtúa por completo los principios y valores del Estado Social de Derecho. Asimismo, el daño que se consume con la muerte de una persona no puede ser óbice para que el juez prima facie rechace de plano la oportunidad de denunciar una falla estructural que deja a otras personas, que en estos momentos se encuentra en la misma posición de vulnerabilidad de Sergio, en la más cruda de las indefensiones”

En el presente caso, la Sala puede comprobar que existe un daño consumado, tal como lo manifestó el Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Mesetas en la decisión del 30 de agosto de 2018, pues el propósito y la finalidad de los exámenes y procedimientos médicos solicitados por el Hospital Departamental de Granada era poder determinar qué tan comprometida se encontraba la extremidad izquierda de la señora Odalinda García Pérez y, así, poder tomar las medidas necesarias para proteger y salvaguardar su extremidad. El objeto y la finalidad de la acción de tutela en este caso, era garantizar los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida de la señora Odalinda, a través de la realización de los procedimientos que evitaran la pérdida de la pierna de la paciente. Sin embargo, el daño que se pretendía amparar con esta acción de tutela terminó materializándose en la amputación de la pierna de la señora Odalinda García Pérez, como se puede corroborar con la información que reposa en el expediente.

De igual manera, la Sala constata que Comparta E.P.S únicamente garantizó el tratamiento de salud sin ningún tipo de dilación y de manera oportuna, a partir de la medida provisional que ordenó la Corte Constitucional a través del Auto del 14 de febrero de 2019. Lo anterior, conlleva a declarar la procedencia de la acción de tutela, al encontrar que persiste la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la señora Odalinda García Velasco. Es decir, si bien estamos ante un daño consumado, existe el riesgo actual a mayores afectaciones a su derecho a la salud de la accionante.

4. Examen de procedencia de la acción de tutela

4.1 Legitimación

Legitimación en la causa por activa:

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona puede ejercer la acción de tutela “mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre”. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 establece en su artículo 10º que la acción de tutela puede ser presentada, en todo momento y lugar, (i) a nombre propio; (ii) través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante agente oficioso; o, (v) a través de la Defensoría del Pueblo y los personeros municipales.

Frente a la agencia oficiosa, esta Corporación ha manifestado que la figura se presenta

cuando un tercero acude al juez de tutela en representación de los intereses de otra persona, con el propósito de ejercer las garantías constitucionales que considera fueron desconocidas en una situación fáctica concreta, en la cual el titular del derecho, aunque quiera defenderse, se ve en la imposibilidad de reivindicarlas por sus propios medios[20]. En el presente caso, la acción de tutela fue interpuesta por la señora Luz Amparo García Pérez, como agente oficiosa de su madre, Odalinda García Velasco, quien es una mujer de 70 años con un diagnóstico de Diabetes Mellitus Insulinodependiente y, quien para la fecha de los hechos y de la presentación de la acción de tutela se encontraba hospitalizada y a la espera de los exámenes médicos que determinaran cual era el tratamiento adecuado para su pierna izquierda.

Ahora bien, para la fecha en la que esta Corporación conoció del presente asunto, la situación de la señora Odalinda García Velasco se había agravado desde el momento en que fue remitida de manera urgente a la Unidad Santa Clara, para la amputación de su extremidad izquierda. Lo anterior, conlleva a esta Sala a concluir que para el momento de la revisión de la decisión de primera instancia, la accionante se encontraba en situación de discapacidad, de conformidad con la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013[21]. En consecuencia, en el presente caso se cumplen los requisitos para que se reconozca la legitimación por activa.

Legitimación por pasiva:

Frente a la legitimación de la causa por pasiva dentro del trámite de la acción de tutela, los artículos 86 de la C.P. y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procederá contra cualquier autoridad y frente a particulares encargados de la prestación de un servicio público.

Por otra parte, el artículo 49 de la Constitución establece que el servicio público de salud está en cabeza del Estado, quien tiene la responsabilidad de organizar, dirimir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de establecer las políticas para la prestación del servicio de salud por entidades privadas, así como de ejercer su vigilancia y control. Por su parte, el literal e) del artículo 167 de la Ley 100 de 1993 determina que las Entidades Promotoras de Salud tienen a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de los servicios que ofrecen a través de las Instituciones Prestadoras de

Servicios (IPS).

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que las entidades promotoras de salud, en cuanto prestadoras de un servicio público, pueden generar una amenaza o perjuicio de las garantías ius fundamentales, bien sea por acción u omisión, lo que habilita la procedencia del amparo constitucional, con el propósito de cesar la vulneración a los derechos[22].

En el presente caso, la acción de tutela se encuentra dirigida en contra de Comparta E.P.S, a la cual se encuentra afiliada la señora Odalinda García Velasco[23] y en contra de la IPS Angiografía de Colombia, quien actúa como institución prestadora de servicios de salud, entidad encargada de prestar los servicios correspondientes a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros que establece la Ley 100 de 1993. En cuanto se trata de entidades privadas, responsables de la prestación del servicio público de salud, la tutela cumple con el requisito de legitimación por pasiva.

Por su parte, las otras entidades vinculadas en primera instancia y en sede de revisión cumplen con el requisito de legitimación por pasiva, en la medida en que son entidades encargadas de garantizar el derecho a la salud de los habitantes y, a pesar de que muchas alegan no tener legitimación por pasiva, al no ser responsables directamente de la amenaza, en la medida en que no recibieron ninguna solicitud por parte de la actora, esto no quiere decir que las entidades no tengan capacidad jurídica para ser parte de este trámite constitucional.

4.2 Inmediatez

Frente al requisito de inmediatez, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha manifestado que no existen reglas estrictas e inflexibles a la hora de determinar la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable[24].

Sin embargo, para determinar la observancia del requisito de inmediatez, la Corte ha señalado que el juez de tutela debe comprobar cualquiera de las siguientes situaciones:

(i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que se formuló la acción de tutela; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo[25].

En el presente caso, la Sala evidencia que la accionante interpuso la acción de tutela el 15 de agosto de 2018, en un tiempo prudente y razonable, toda vez que su madre, quien había sido internada en el Hospital Departamental de Granada desde el 4 de agosto de 2018, se encontraba a la espera de la realización de los exámenes y procedimientos solicitados de manera prioritaria por el centro médico. Igualmente, el 10 de agosto de 2018, la agente oficiosa se acercó a la IPS Angiografía de Colombia, con el propósito de solicitar la cita médica necesaria para su madre, cita que fue rechazada por la IPS, quien manifestó que la Comparta E.P.S no tenía contrato con ellos.

4.3. La existencia de otros mecanismos de defensa judicial y la carencia actual de objeto por daño consumado

Subsidiariedad

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, al determinar que esta procederá “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. De igual manera, el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procederá cuando no existan otros mecanismos de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentra el solicitante.

Frente al principio de subsidiariedad, la sentencia T-213 de 2018 expuso que:

“la acción de tutela es un mecanismo judicial, de naturaleza constitucional, orientado a la defensa judicial de los derechos fundamentales, que puedan resultar vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, e incluso de los particulares, en ciertas situaciones específicas. Por lo tanto, su utilización es excepcional, y su interposición solo es

jurídicamente viable cuando, examinado el sistema de acciones judiciales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para la protección de los derechos y, por lo tanto, no haya mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación grave e irreversible de las garantías constitucionales”.

A pesar de que la procedencia de la acción de tutela está sujeta a la existencia de otro medio de defensa judicial, es importante reiterar que la línea de este Tribunal Constitucional ha sostenido que los requisitos de procedibilidad de la tutela deben ser evaluados a la luz del mandato constitucional de dar especial protección constitucional a los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad y personas de la tercera edad[26]. Frente a la protección constitucional que se le brinda a las personas de la tercera edad o adultos mayores, esta Corporación ha declarado que:

“En la Sentencia C-177 de 2016, la Sala Plena de esta Corporación recordó que, conforme a una vasta línea jurisprudencial, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional (i) cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, (...) o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario”. Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos[27].

Ahora bien, respecto a las controversias entre los usuarios y entidades prestadoras de salud, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver las controversias relacionadas con: (i) negación de la cobertura de procedimientos que se encuentran dentro Plan de Beneficios en Salud; (ii) reconocimiento de gastos en los cuales haya incurrido el afiliado, por la atención de urgencias en caso de ser atendido por una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS o por el incumplimiento injustificado de la EPS; (iii) conflictos suscitados en materia de la multifiliación; y, (iv) conflictos que se generen entre la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, a través de la Ley 1438 de 2011, el artículo 126 amplió las competencias de la Superintendencia, dentro de las cuales incluye la denegación de servicios que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, hoy Plan de Beneficios en Salud – PBS, los recobros entre las entidades del sistema y el pago de las prestaciones económicas por parte de entidades promotoras de salud y el empleador. De igual manera, esta disposición determinó que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario[28].

Por su parte, la Corte Constitucional ha insistido en la prevalencia e idoneidad de este mecanismo y ha reafirmado que, cuando la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, lo hace de manera definitiva y con facultades propias de juez en los asuntos de su competencia, desplazando así al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente[29].

A pesar de que esta Corporación ha determinado que el mecanismo jurisdiccional idóneo para el restablecimiento de los derechos o para dirimir las controversias que resulten entre los usuarios y las entidades prestadoras de salud, es la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte también ha determinado que existen casos en donde se cumple con el requisito de subsidiariedad a pesar de que la persona no haya acudido principalmente a la vía jurisdiccional, como cuando existe una urgencia de brindar una protección efectiva o cuando el mecanismo ordinario no resulta idóneo.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura 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', en 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. Ciertamente, la Corte ha explicado que "la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas"[30] (Negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, se tiene que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela se cumple (i) cuando la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial o no cuente con un recurso efectivo para la protección de sus derechos; o, (ii) cuando la persona, a pesar de contar con un mecanismo ordinario, acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, en el presente caso y como se mencionó anteriormente, la señora Odalinda García Velasco cuenta con otro mecanismo de defensa ante la Superintendencia de Salud. Sin embargo, al encontrarse en riesgo una de sus extremidades, la accionante acudió a la acción de tutela con el propósito de solicitar de manera urgente la protección a sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, para evitar de esta manera la amputación de su pierna. Entonces, la tutela cumplió el requisito de subsidiariedad al momento de su interposición.

Sin embargo, al momento de la decisión de primera instancia, el daño que se pretendía prevenir con la acción constitucional, se había consumado. A continuación se ahondará en la figura de la carencia actual de objeto por daño consumado.

5. La Seguridad Social como derecho fundamental

El artículo 48 de la Constitución Política establece que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todos los habitantes y que se entiende

como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley”.

Con respecto al derecho a la seguridad social en Colombia, la jurisprudencia constitucional ha determinado que:

“La seguridad social, concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual, esto es, que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado; surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”[31] (Negrillas fuera del texto original).

Por otra parte, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, los cuales establecen en cabeza de los estados, el deber y la obligación de: (i) respetar; (ii) cumplir; y (iii) proteger. Estas obligaciones, se manifiestan en el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y el ejercicio del derecho, así como de impedir la interferencia de su disfrute y abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada a todos los ciudadanos. De igual manera, existe una obligación en cabeza del Estado, de implementar sistemas y procedimientos acordes con las condiciones especiales de ciertos grupos en condiciones de vulnerabilidad o debilidad, dentro de los cuales se encuentran las personas en situación de discapacidad, los adultos mayores o los sujetos en condiciones de pobreza extrema[32].

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a

enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”.

De igual manera, el Comité ha reiterado que las obligaciones que surgen del PIDESC deben entenderse en los siguientes términos:

“Los Estados Partes también deben suprimir la discriminación de hecho por motivos prohibidos, cuando resulten personas imposibilitadas de acceder a una seguridad social adecuada. Los Estados Partes deben velar por que la legislación, las políticas, los programas y los recursos asignados faciliten el acceso a la seguridad social de todos los miembros de la sociedad, de conformidad con la parte III. También deben revisarse las restricciones de acceso a los planes de seguridad social para cerciorarse de que no discriminan de hecho ni de derecho.

(...)

Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos” (Negrillas fuera del texto original).

Frente a la obligación del Estado colombiano de asegurar la eficiencia de los principios y derechos de la Constitución Política, como parte de los deberes del Estado Social de Derecho, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que dicha obligación no solo se traduce en el deber de evitar las vulneraciones a los derechos, sino que también se materializa en el deber de “tomar todas las medidas pertinentes que permitan la efectiva materialización y ejercicio” de los mismos[33].

Al respecto, esta Corporación ha manifestado que le corresponde al Estado facilitar,

promover y garantizar el goce y el ejercicio del derecho, así como impedir la interferencia en su disfrute y abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso en igual de condiciones a una seguridad social adecuada. En virtud de lo anterior, supone la obligación de implementar sistemas y procedimientos acordes con las condiciones especiales de ciertos grupos en condiciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, como lo son las personas en condición de analfabetismo, los adultos mayores o en situación de discapacidad[34].

Por consiguiente, las entidades estatales tienen la obligación reforzada en lo que tiene que ver con el acceso a la seguridad social y a la erradicación de las dificultades para ejercer ese derecho fundamental, en especial, cuando se trata de personas en vulnerabilidad y que dependen de terceros para su digna subsistencia.

6. El derecho fundamental a la salud y a la vida digna de las personas de la tercera edad

El artículo 49 de la Constitución Política establece que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, siendo este quien organice, dirija y reglamente la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Es así, como la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reiterado que la salud tiene una doble connotación, pues se trata de un derecho autónomo y un servicio público esencial obligatorio[35].

Inicialmente, el derecho a la salud era catalogado como un derecho prestacional, el cual dependía de su conexidad con otro derecho de naturaleza fundamental que permitiera su protección a través de la acción de tutela[36]. Sin embargo, debido a la interacción que existe entre el derecho a la salud y la vida, la jurisprudencia constitucional empezó a ampliar la concepción del derecho a la salud, desde un servicio público a un derecho fundamental. Así las cosas, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, el cual protege múltiples ámbitos de la vida humana y, cuya protección puede ser exigida por todas las personas, sin excepción alguna, a través de la acción de tutela[37].

Esta posición fue recogida por la sentencia C-313 de 2014, que realizó el control de

constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y en el artículo 2º de la misma ley. En la sentencia de constitucionalidad, la Corte manifestó que:

“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”[38].

La autonomía del derecho fundamental a la salud tuvo su sustento en la dignidad humana como base de los derechos humanos y, por consiguiente, su protección garantiza el derecho a la vida digna. La Corte Constitucional ha reconocido que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”[39]. En esta misma línea, la Corte ha sostenido que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave con el Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese sentido, “la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad”[40].

A juicio de la Corte, la interrupción y negación de la prestación del servicio de salud por parte de una E.P.S como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes no puede trasladarse a los pacientes o usuarios, pues esto desconoce sus derechos y puede poner en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida[41]. De igual manera, la Corte ha afirmado que la exigencia de estas barreras desconoce los principios que guían la prestación del servicio de salud, debido a que: “(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que

corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”[42].

7. Ley 1751 de 2015 – Ley Estatutaria de Salud

La caracterización de la salud como derecho fundamental autónomo fue reiterada por el legislador en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual tuvo su principal sustento jurídico en las sentencias de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003, providencias que sirvieron para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud[43]. La Ley Estatutaria de Salud estableció en sus artículos 1 y 2 la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron su doble connotación (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción en salud; y, (ii) como servicio público esencial obligatorio, cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la responsabilidad del Estado.

Frente a la salud como servicio público, la Ley Estatutaria 1751 estableció que el derecho fundamental a la salud incluye los elementos esenciales de: (i) continuidad (ii) oportunidad; (iii) integralidad; y, (iv) accesibilidad, los cuales resultan relevantes en el caso bajo estudio.

(i) El principio de continuidad en el servicio de salud establece que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, en donde una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas. Frente a esto, la Corte ha manifestado que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente” [44].

(ii) El principio de oportunidad por su parte, establece que la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilación alguna, en donde el usuario

pueda gozar de la prestación de estos servicios, en el momento que corresponda para recuperar su salud y sin sufrir mayores dolores y deterioros. Igualmente, el principio de oportunidad incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario y con el propósito de que se le brinde el tratamiento adecuado. Precisamente, la Corte ha sostenido que “este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos”[45].

(iii) Con referencia al principio de accesibilidad, la Ley Estatutaria de Salud manifiesta que los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. Esta accesibilidad comprende corresponde a “un concepto amplio que incluye el conjunto de medidas dirigidas a facilitar el acceso físico a las prestaciones del sistema, sin discriminación alguna, lo que, a su vez, implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de los grupos vulnerables”[46].

(iv) Por último, el principio de integralidad, consagrado en el artículo 8º de la Ley Estatutaria 1751 establece que los servicios y tecnologías de salud deben ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. De igual manera, este artículo establece que no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio específico, en desmedro de la salud del usuario.

Con respecto al principio de integralidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este principio “se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones”[47].

Ahora bien, la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 determinó, por una parte, que el derecho a la salud es un servicio público que debe prestarse de manera completa e integral por parte del Estado y, por otra parte, estableció un límite a la faceta prestacional del servicio público en el artículo 15, al establecer que el Plan de Beneficios en Salud – antes conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS) – deberá garantizar el cubrimiento de todos los servicios y tecnologías necesarias para proteger el derecho a la salud, con excepción de aquellos que sean excluidos, con base en los criterios de sostenibilidad e integralidad del sistema[48].

Plan de beneficios en Salud

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el Plan de Beneficios en Salud, como el esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud, para la prevención, paliación y atención de las enfermedades y la rehabilitación de sus secuelas[49]. Por su parte, el artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud establece una serie de criterios para que el Ministerio de Salud establezca, cada determinado tiempo, qué servicios y tecnologías se encuentran incluidos dentro de este[50]. De igual manera, el Plan de Beneficios en Salud es actualizado anualmente de conformidad con el principio de integralidad y se entiende que quienes son beneficiarios del plan, son todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sean cotizantes o beneficiarios.

Ahora bien, frente a la financiación del Plan de Beneficios se tiene que los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud destinarán recursos a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), por cada afiliado que tengan y de conformidad con la edad de los afiliados, se determinará el monto que debe ser girado a la EPS. Estos pagos, son denominados como Unidad de Pago por Capitación (UPC) y no podrán financiar aquellos servicios o tecnologías que han sido excluidas por el Ministerio de Salud en las resoluciones 5269 del 22 de diciembre de 2017; y, 5267 del 22 de diciembre de 2017.

La resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017, “por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)” tuvo como principal objetivo exigirle al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud, una labor de permanente actualización, ampliación y modernización en su cobertura. Por su parte, la

resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017, “por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” establece todos los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados a través de los recursos públicos.

Sobre la obligación por parte de las Entidades Promotoras en Salud, la Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018, que tuvo por objeto actualizar integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC establece detalladamente las tecnologías que fueron incluidas dentro del Plan de Beneficios y que deben ser cubiertas por las EPS, al igual que las obligaciones en cabeza de las EPS, con relación a la prestación de los servicios en salud. El artículo 9º del acto administrativo establece que:

“La EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizar a los afiliados del SGSSS el acceso efectivo a las tecnologías en salud para su cumplimiento de la necesidad y finalidad del servicio, a través de su red de prestadores de servicios de salud. De conformidad con la Ley 1752 de 2015, en caso de atención de urgencia y según lo dispuesto en el artículo 23 de este acto administrativo, las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizarla en todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas para tal fin en el territorio nacional”. (Negrillas por fuera del texto original)

En este sentido y de conformidad con la respuesta que recibió esta Corporación por parte del Ministerio de Salud, las entidades prestadoras de los servicios de salud no deben sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, en especial cuando se trata de la prestación de servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, ya que debe contar con una red prestadora de servicios que cubra todas las necesidades de sus afiliados[51].

8. Acceso a servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud

En materia del Plan de Obligatorio en Salud, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-124 de 2018 identificó los siguientes mecanismos de protección:

“55.1. El mecanismo de protección colectiva: también denominado “mancomunado riesgos individuales”, cubre las prestaciones de salud que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante PBSUPC) y se encuentran descritas en la Resolución 5269 de 2017, corregida por la Resolución 046 de 2018 y sus

anexos: i) Listado de medicamentos; ii) Listado de procedimientos en salud, y iii) Listado de procedimientos de laboratorio clínico.

De esta suerte, el PBSUPC es el conjunto de servicios y tecnologías estructurado sobre una concepción integral y configura el instrumento de protección del derecho fundamental a la salud que debe ser garantizado por las EPS o las entidades que hagan sus veces, mediante la garantía de acceso a los mismos. Sus contenidos se prestan con cargo a los recursos que reciben de la UPC, bajo la estricta observancia de los principios de integralidad, territorialidad, complementariedad, calidad y universalidad, entre otros, sin que en ningún caso los trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para que el usuario se beneficie del servicio.

El artículo 19 de la Resolución 5269 de 2017 establece la cobertura específica en materia de prevención de la enfermedad, en el sentido de financiar las tecnologías en salud que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud (PBS), para lo cual, las EPS “(...) deben apoyar la vigilancia de su cumplimiento a través de los indicadores de protección específica y detección temprana, definidos con ese propósito, articulado con lo dispuesto en la Política de Atención Integral en Salud-PAIS, el Modelo de Atención Integral en Salud (MIAS) y las Rutas Integrales de Atención en Salud (RIAS).” (Énfasis agregado)

Por su parte, los artículos 123 y siguientes del mencionado acto administrativo definen los eventos y servicios de alto costo, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Sin embargo, esta calificación no implica, de ninguna manera, modificaciones en la financiación del PBSUPC, sino que dicha conceptualización se hace para efectos del no cobro de copago.

55.2. El mecanismo de protección individual: comprende el conjunto de tecnologías en salud y servicios complementarios que no se encuentran descritos en el instrumento garantía colectiva, pero que están autorizados en el país por la autoridad competente (INVIMA, Resoluciones de Clasificación Única de Procedimientos en Salud-CUPS-, de habilitación, entre otras). La prestación de estos servicios se hace a través de las entidades territoriales en el régimen subsidiado y por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) para el régimen contributivo, pero en ningún caso con recursos de la UPC.

El Ministerio de Salud, con fundamento en las Resoluciones 3951 de 2016 y 1885 de 2018, estableció el aplicativo “MIPRES” como herramienta tecnológica para garantizar el acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC a través de la prescripción u orden que hagan los profesionales de la salud inscritos en el ReTHUS[52].

56. El mecanismo de exclusiones: desarrolla el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, mediante el cual no serán financiadas con recursos públicos asignados a la salud, las tecnologías o servicios que: i) tengan finalidad cosmética o suntuaria no relacionada con la capacidad funcional o vital; ii) no tengan evidencia de seguridad, eficacia o efectividad clínica; iii) su uso no esté autorizado por autoridad competente; iv) se encuentren en fase de experimentación; o v) deban ser prestados en el exterior.

57. En definitiva, el Ministerio de Salud y de Protección Social ha desarrollado los mandatos constitucionales y legales de garantía de acceso a los servicios de salud en el marco del sistema general de seguridad social, bajo la implementación de 3 mecanismos de protección que son: i) colectivo; ii) individual; o, iii) de exclusiones, según hagan parte del PBSUPC o no, pero deban ser financiados con recursos públicos, o finalmente aquellos procedimientos o tecnologías que están excluidos del pago con cargo al erario.

Ahora bien, en el caso del mecanismo de protección individual, se estableció la herramienta tecnológica MIPRES, con la cual los profesionales de la salud deben prescribir u ordenar los servicios requeridos que no están incluidos en el PBSUPC, con la finalidad de garantizar el acceso a los usuarios y la financiación de los mismos.

9. Caso concreto

La señora Luz Amparo Pineda García actuando en representación de su madre, Odalinda García Velasco, presentó acción de tutela contra Comparta E.P.S y Angiografía de Colombia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su madre, debido a la omisión y la negligencia por parte de la E.P.S de realizar los procedimientos solicitados por el médico tratante, para determinar qué complicaciones presentaba la extremidad izquierda de la actora y con el propósito de determinar el procedimiento a seguir.

En la acción de tutela, la accionante manifiesta que la señora Odalinda García Velasco es una persona de la tercera edad, que se encuentra afiliada a la Empresa Promotora de Salud, Comparta E.P.S, y que presenta un diagnóstico de diabetes mellitus insulino dependiente. De igual manera, manifestó que, para la fecha de la presentación de la acción de tutela, la señora Odalinda se encontraba hospitalizada en el Hospital Departamental de Granada, Meta, y que el 10 de agosto de 2018 se dirigió a la empresa Angiografía de Colombia, con el fin de realizar la programación de los exámenes médicos ordenados por el médico tratante, solicitud que fue negada por Angiografía de Colombia.

En su respuesta a la solicitud de amparo, Angiografía de Colombia manifestó que esta institución no tenía contrato suscrito con Comparta E.P.S, ni pertenecía a su red de prestadores de servicios. Por su parte, Comparta E.P.S indicó que había autorizado todos los servicios solicitados por la paciente, que se encontraban incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud, y que aquellos servicios que no se encontraban dentro de este, como en el caso de la paciente, debían ser cubiertos por Secretaría de Salud Departamental.

Por otra parte, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estimó que, para poder tomar una decisión de fondo, era necesario ordenar la práctica de algunas pruebas que permitieran verificar los supuestos de hecho que motivaron la revisión de la acción de tutela.

A continuación, la Sala procede a realizar el estudio del presente caso concreto y al respecto, verificará en primer lugar los hechos que se encuentran debidamente probados y, posteriormente, establecerá si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante[53].

(i) La señora Odalinda García Velasco se encuentra afiliada a la Empresa Promotora de Salud, Comparta E.P.S en el régimen subsidiado, presenta un diagnóstico de diabetes mellitus insulino dependiente y actualmente tiene 70 años.

(ii) La señora ingresó al Hospital Departamental de Granada el 20 de julio de 2018, para ser valorada por ortopedia y medicina interna, al presentar dolor y necrosis en el segundo dedo del pie izquierdo.

(iii) El 21 de julio de 2018, la paciente ingresó a cirugía para la amputación del segundo

dedo del pie izquierdo.

(iv) El 22 de julio de 2018, la paciente fue dada de alta y el centro clínico manifestó que se debía realizar el procedimiento de arteriografía, con el propósito de evaluar la circulación de la paciente. Igualmente, solicitó la consulta de control o de seguimiento por especialista de medicina interna, consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología.

(v) El 4 de agosto de 2018, la señora Odalinda García Velasco ingresó nuevamente al Hospital Departamental de Granada, al presentar dolores y signos de gangrena en el tercer dedo del pie izquierdo.

(vi) El 6 de agosto de 2018, la paciente ingresó a sala de cirugía para la amputación del tercer dedo del pie izquierdo.

(vii) Según obra en el historial médico, el 9 de agosto de 2018 la paciente manifestó sentir dolor en el pie afectado y cambio de color en el cuarto dedo del pie izquierdo. Por su parte, el centro médico manifestó que, de conformidad con los hallazgos clínicos, podía haber una enfermedad arterial oclusiva mayor y requería de estudio complementario con arteriografía de carácter prioritario, para determinar conductas definitivas, pues su extremidad corría peligro.

(viii) El 10 de agosto de 2018, el Hospital Departamental se comunicó con la IPS Angiografía, la cual informó no contar con disponibilidad para dar respuesta a la solicitud. Ese mismo día, la señora Luz Amparo Pineda García manifestó que se dirigió a la empresa Angiografía de Colombia, con el propósito de programar una cita para su madre. Sin embargo, de conformidad con la información recibida por la accionante, Angiografía de Colombia manifestó que dicho procedimiento debía ser realizado por el centro médico, toda vez que su madre se encontraba hospitalizada.

(ix) Por otra parte, dentro del historial clínico de la paciente obran varias actuaciones por parte del Hospital Departamental de Granada, donde le solicitan a distintos centros médicos la remisión de la paciente a un centro médico especializado, para lo cual informan que no hay camas disponibles. Igualmente, el Hospital Departamental solicita en varias ocasiones a Comparta E.P.S la remisión a otro centro, sin recibir una respuesta favorable.

(x) El 12 de agosto de 2018, la señora Odalinda García Velasco fue dada de alta y se solicitó por parte del médico tratante, la consulta por medicina especializada, arteriografía de pie izquierdo y consulta con cirugía cardiovascular, de manera prioritaria.

(xi) El 23 de agosto de 2018, la señora Odalinda García Velasco ingresó al Hospital Santa Clara de Bogotá, que informó que la paciente se encontraba en estado crítico por la amputación de los dedos del pie izquierdo y que presentaba embolia y trombosis de arterias de los miembros inferiores[54].

(xii) El 25 de agosto de 2018, la paciente fue remitida para cirugía de “amputación transfemoral del miembro inferior izquierdo”[55].

De acuerdo con los hechos probados, la Sala de Revisión no comparte la decisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mesetas, que sostuvo que era “inocuo hacer cualquier análisis o pronunciamiento” sobre la entidad que debe garantizar los tratamientos médicos solicitados, toda vez que se advertía la carencia actual de objeto por daño consumado. Esta Sala considera necesario pronunciarse sobre la omisión y negligencia por parte de Comparta E.P.S a la hora de prestar los tratamientos médicos solicitados por la accionante y amparar sus derechos para garantizar su acceso a una atención integral en salud en lo sucesivo, dado su complejo estado de salud.

Lo primero que advierte esta Sala es que la entidad demandada alegó que los exámenes solicitados se encontraban excluidos del Plan de Beneficios en Salud. Sobre este punto es pertinente tener en cuenta la información recibida por diferentes entidades como la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y la Secretaría de Salud del Meta.

La Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en su respuesta del 28 de febrero de 2019, manifestó que en aquellos casos en donde el profesional en medicina considere que el tratamiento que debe seguir la persona se trata de un insumo, procedimiento, medicamento o tecnología excluido en el Plan de Beneficios en Salud (NO PBS), el médico tratante deberá hacer la prescripción del mismo a través del aplicativo MIPRES, el cual se encuentra diseñado y administrado por el Ministerio de Salud. Luego, la EPS-S a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá tramitar la entrega efectiva del servicio NO PBS, según el modelo de suministro de los servicios NO PBS que haya elegido el departamento donde opere la EPS-S. En tal caso, la Secretaría manifiesta que existen dos opciones[56]:

(i) Que la EPS-S remita al usuario para la entrega del servicio a través de las IPS contratadas por el ente territorial para la atención de estos eventos, si el modelo de salud corresponde a lo establecido en el Capítulo I del artículo 6 de la Resolución 1479 de 2015.

(ii) La EPS-S suministra directamente el servicio a través de su red de IPS contratada y posteriormente, podrá presentar factura de cobro del valor del mismo ante el ente territorial respectivo, de conformidad con lo establecido en el Capítulo II del artículo 9º de la Resolución 1479 de 2015.

La Secretaría afirmó que la labor del usuario en todo el trámite administrativo que se surte entre la EPS, IPS y el ente territorial es totalmente pasiva, es decir que no interviene en el procedimiento de autorización, consecución de proveedores o instituciones prestadoras de salud, incluso cuando el paciente se encuentre hospitalizado. En aquellos escenarios en donde el paciente se enfrente a un riesgo vital, el médico tratante puede hacer la prescripción del servicio en el aplicativo MIPRES. Por último, afirma que al ser un trámite administrativo en el cual no interviene el paciente, la EPS no debe trasladarle a éste cargas administrativas como el trámite de autorización, solicitudes de cotizaciones o consecución de proveedores de servicios, insumos o medicamentos. Este hubiera sido el procedimiento que la EPS habría podido seguir en el caso de que se tratara de tratamientos excluidos del PBS.

Pero adicionalmente, en el presente caso, los exámenes ordenados se encontraban dentro del Plan de Beneficios en Salud. Comparta E.P.S. omitió de manera deliberada y negligente la prestación del servicio de salud, a través de razones administrativas injustificadas y dilatorias a la hora de autorizar y proveer los servicios de salud de urgente prestación.

En efecto, la I.P.S. Angiografía de Colombia no tenía obligación legal de proveer los servicios solicitados por la accionante puesto que no tenía ningún contrato con Comparta E.P.S, o requerimiento de esta entidad para la práctica de estos procedimientos. De igual manera, la Sala no acepta el argumento presentado por Comparta E.P.S, según el cual estos procedimientos no se encontraban dentro del Plan de Beneficios de Salud y que, en razón a esto, no le correspondía financiarlos, pues en virtud de las pruebas obtenidas por esta Corporación y que reposan en la respuesta del Ministerio de Salud, se corrobora que los procedimientos requeridos en el presente caso sí se encontraban dentro del Plan de

Beneficios en Salud. Por consiguiente, Comparta E.P.S tenía la obligación legal de prestar estos servicios, sin ningún tipo de dilación o impedimento administrativo.

En estas condiciones, la Corte concluye que Comparta E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de la señora Odalinda García Velasco de la señora Odalinda García Velasco.

En consecuencia, la Corte tutelaré los derechos a la salud, la seguridad social y a la vida digna de la accionante. Esta Sala encuentra que el diagnóstico de salud de la accionante exige la continuidad en la atención, atención que debe ser integral, adecuada y oportuna, por lo que se ordenará a Comparta E.P.S. que, en aras de prevenir futuros daños adicionales a la salud y vida digna de la Señora García Velasco, le garantice la prestación del tratamiento integral, sin ningún tipo de dilación o barrera administrativa adicional.

Igualmente, ante la evidente negligencia por parte de Comparta E.P.S y de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991[57], el cual establece que “cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación”, la Sala condenará en abstracto a Comparta E.P.S a indemnizar el daño emergente causado a la señora Odalinda García Velasco como consecuencia de la no prestación oportuna de los servicios de salud y medicamentos a que tenía derecho.

Como se expone a continuación, en el caso concreto procede ordenar la condena en abstracto a la indemnización del daño emergente pues se constata que (i) no existe otra vía judicial para resarcir el perjuicio o, existiendo, este no resulta idóneo; (ii) la violación o amenaza del derecho es evidente y se dio como consecuencia de la acción clara e indiscutiblemente arbitraria del accionado; y (iii) la indemnización es necesaria para

asegurar el goce efectivo del derecho del tutelante[58]:

(i) En cuanto al primer requisito, es decir, la existencia de otro medio judicial para resarcir el perjuicio, en el presente caso, la accionante puede iniciar (i) un proceso de responsabilidad civil contractual ante la jurisdicción ordinaria; o (ii) un proceso ante la Superintendencia Nacional de Salud para el reconocimiento económico de los gastos en los que haya incurrido[59]. Ahora bien, la Señora Odalinda García Velasco es una persona mayor, de 70 años, en situación de discapacidad y con un delicado estado de salud, debido a la enfermedad que padece y a la amputación a la que tuvo que ser sometida. En esas condiciones, los mecanismos judiciales mencionados no resultan idóneos pues la accionante enfrenta dificultades objetivas para acceder autónomamente a los mismos. De hecho, para acceder a la tutela la Señora García Velasco debió contar con la agencia oficiosa de su hija, porque estaba ante la imposibilidad de reivindicar sus derechos por sus propios medios[60].

Por esta razón, la Sala remitirá copia del expediente a la Defensoría del Pueblo, para que brinde información y asesoramiento sobre[61] (i) el trámite incidental de liquidación de perjuicios; y (ii) el proceso de responsabilidad civil contractual o el de reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido ante la Superintendencia Nacional de Salud; en caso tal de que la señora Odalinda García Velasco desee iniciar alguno de ellos.

(ii) En cuanto al segundo requisito, se encuentra probado que la violación a los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y a la vida digna de la señora Odalinda García Velasco es manifiesta y se generó como consecuencia de una omisión clara e indiscutiblemente arbitraria por parte de la E.P.S. Comparta. La E.P.S. no dispuso lo necesario para la práctica efectiva e inmediata de los exámenes y procedimientos solicitados por el médico tratante y necesarios para la salud de la accionante.

(iii) Finalmente, la indemnización del daño emergente es necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho de la accionante en la medida en que la actora habría incurrido en una serie de gastos para asegurar los servicios de salud requeridos, al igual que los gastos necesarios para ser transportada de manera urgente a la ciudad de Bogotá para poder atender sus requerimientos en salud.

En esta medida, la liquidación de los perjuicios deberá hacerse por el juez administrativo

de Villavicencio –reparto-, por el trámite incidental, dentro de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Adicionalmente, la esta Corporación encuentra necesario remitir copia del expediente de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, en el marco de sus funciones constitucionales y legales y, dentro del ámbito de sus competencias, inicie indagación administrativa en contra de la E.P.S[62] y, para que acompañe el cumplimiento de esta sentencia, junto con la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, se compulsarán copias del expediente a la Contraloría General de la República, para que realice control sobre las actuaciones de Comparta E.P.S., en el presente caso, de acuerdo a sus competencias[63]; así como a la Procuraduría General de la Nación para que investiguen el incumplimiento de la medida de protección ordenada por el juez de primera instancia[64], la cual, de haber sido garantizada de manera inmediata, habría podido generar un desenlace distinto para la accionante[65].

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del treinta (30) de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mesetas, Meta, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de la señora Odalinda García Velasco.

SEGUNDO.- ORDENAR a COMPARTA E.P.S que garantice la prestación del tratamiento integral a la señora Odalinda García Velasco sin ningún tipo de dilación o barrera administrativa y de conformidad con los principios de continuidad, oportunidad, accesibilidad e integralidad, y los demás criterios que establece la Ley 1751 de 2015.

TERCERO.- CONDENAR en abstracto a Comparta E.P.S a indemnizar el daño emergente causado a la señora Odalinda García Velasco, como consecuencia de la no prestación

oportuna de los servicios de salud y medicamentos a que tenía derecho, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

La liquidación de los perjuicios deberá hacerse por el juez administrativo de Villavicencio -reparto-, por el trámite incidental, dentro de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

CUARTO.- que, por Secretaría General, se remita copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en ejercicio de sus competencias legales de inspección, vigilancia y control sobre COMPARTA E.P.S, investigue las omisiones y negligencia en la prestación del servicio público de salud a la accionante; así como para que acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

QUINTO.- OFICIAR a la Defensoría del Pueblo para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe a la señora Odalinda García Velasco en el cumplimiento de esta sentencia; le brinde información y asesoramiento sobre el trámite incidental de liquidación de perjuicios; y, en caso tal de que así lo decida, en los procesos que emprenda ante autoridades judiciales o administrativas para obtener la reparación de los daños que le hubieren podido causar.

SEXTO.- DISPONER que, por Secretaría General de la Corte se compulsen copias a la Contraloría General de la República para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, investigue la gestión pública y sus efectos en materia de daño al erario, posiblemente causados por las irregularidades de Comparta E.P.S en relación con la omisión de realizar el procedimiento médico a la accionada.

SÉPTIMO.- DISPONER que, por Secretaría General de la Corte se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue el incumplimiento de la medida de protección ordenada el 15 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mesetas.

OCTAVO.- DISPONER por Secretaría General de la Corte que se libre la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 21 del cuaderno 2.

[2] Folio 54 del cuaderno 2.

[3] Folio 53 del cuaderno 2.

[4] Folio 33 del cuaderno 2

[5] Folio 71 del cuaderno 2.

[6] Folio 47 del cuaderno 2.

[7] Folio 60 del cuaderno 2.

[8] Folio 18 del cuaderno 1.

[9] Folio 42 del cuaderno 1.

[10] Folio 42 del cuaderno 1. La Secretaría manifiesta que existen dos opciones para suministrar el servicio, el primero es a través de la IPS contratada por el ente territorial para la atención de estos eventos y la segunda opción, se da cuando la EPS-S suministre el

servicio directamente a través de su red de IPS contratada y posterior a esto, presenta factura de cobro del valor del mismo ate el ente territorial.

[11] Folio 49 del cuaderno 1.

[12] Folio 48 del cuaderno 1.

[13] Folio 58 del cuaderno 1.

[14] Folio 67 del cuaderno 1.

[15] Folio 110 del cuaderno 1.

[16] Historia clínica obra en folio 48 del cuaderno 2, en CD.

[17] Sentencias: SU-225 de 2013 y T-481 de 2016.

[19] Sentencia T-478 de 2015.

[20] Sentencia T-339 de 2017.

[21] La Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013 definen a las personas en situación de discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

[22] Sentencias T-770 de 2011 y T-673 de 2017.

[23] La señora Odalinda García Velasco se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a la Cooperativa de Salud Comunitaria – Comparta EPS – S, dentro del régimen subsidiado desde el 1 de junio de 2010. La anterior información puede ser consultada en el sistema de consulta de la Base de Datos Única de Afiliados – BDUa.

[24] Sentencia SU-391 de 2016.

[25] Sentencia T-176 de 2018.

[26] Sentencias T-673 de 2017, T-328 de 2011, T-456 de 2004 y T-789 de 2003, entre

otras. En materia de análisis de los presupuestos de subsidiariedad, esta Corporación ha manifestado que no existe identidad entre las personas de la tercera edad y los adultos mayores. Esta corporación abordó el estudio de la definición del concepto de la tercera edad, para establecer que “aunque se trata de un asunto sociocultural, esta sede judicial, deliberadamente, ha distinguido este concepto del de “vejez”, por lo que el conjunto de adultos mayores no es homogéneo. De esta manera, en su seno y por razón de la edad, mínima en unos casos y avanzada en otros, se pueden encontrar situaciones disímiles que ameritan un trato diferencial, para hacer efectivos los derechos fundamentales en el marco del orden constitucional vigente. Sin hacer esta distinción, el principio a la igualdad queda afectado, al otorgar un trato semejante a personas que presentan condiciones divergentes; está claro que no es lo mismo ser un adulto mayor de 60 años, en edad de jubilación, que ser una persona de 80, cuyas limitaciones funcionales empiezan a hacerse cada vez más notorias. (...) Entre los adultos mayores, solo algunos son considerados personas de la tercera edad, lo que le ha permitido a la jurisprudencia constitucional con fundamento en el principio de igualdad, prever distintos efectos jurídicos relacionados con una u otra categoría. Por ejemplo, ante las solicitudes de prestaciones pensionales mediante acción de tutela, en principio, el adulto mayor cuenta con un medio ordinario idóneo, cual es el proceso ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, a la tercera edad no puede exigírsele el agotamiento de este mecanismo judicial ordinario”.

[27] Sentencia T-252 de 2017.

[28] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

[29] Sentencias C-119 de 2008 y T-679 de 2017.

[30] Sentencia C-119 de 2008, reiterado por la Sentencia T-178 de 2017.

[31] Sentencia T-690 de 2014.

[32] Sentencia SU-023 de 2018.

[33] Sentencia T- 690 de 2014 y T-400 de 2017.

[34] Sentencia T-380 de 2017.

[35] Sentencias SU-124 de 2018, T-361 de 2014, T-544 de 2002, T-134 de 2002.

[36] Sentencias SU-124 de 2018, T-361 de 2014, T-544 de 2002, T-134 de 2002.

[37] Sentencias SU-124 de 2018, T-361 de 2014, T-184 de 2011, T-1384 de 2000.

[38] Sentencia C-313 de 2014, en donde la Corte afirmó que: “por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, como se anotó en el apartado dedicado a describir los varios momentos del derecho fundamental a la salud, ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo”.

[39] Sentencias T-171 de 2018, T-227 de 2003 y sentencia T-227 de 2003.

[40] Sentencias T-171 de 2018.

[41] Sentencia T-322 de 2018 y T-405 de 2017.

[42] Sentencia T-322 de 2018 y T-405 de 2017.

[43] La exposición de motivos señala expresamente: “2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (...) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003”. Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

[44] Sentencia T-092 de 2018, ver también Sentencias T-234 de 2013 y T-121 de 2015.

[45] Sentencia T-092 de 2018, ver también Sentencia T-121 de 2015.

[46] Sentencia T-092 de 2018.

[47] Ibídem.

[48] El principio de integralidad está consagrado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 y

establece que los servicios y tecnologías deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad. Sin embargo, el artículo manifiesta que en aquellos casos en los cuales exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada. Por otra parte, el principio de sostenibilidad, consagrado en el inciso j) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Estado dispondrá los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

[49] Sentencia T-171 de 2018.

[50] El artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud establece que los recursos públicos asignados a salud no podrán destinarse a financiar servicios o tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: (i) que tengan como finalidad principal un propósito cosmético; (ii) que no exista evidencia científica sobre su seguridad o eficacia; (iii) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; (iv) que se encuentren en fase de experimentación; (v) que tengan que ser prestados en el exterior.

[51] Respuesta del Ministerio de Salud obra en el folio 58 del cuaderno principal.

[52] Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud.

[54] Historia clínica obra en folio 48 del cuaderno 1, en CD.

[55] *Ibíd.*

[56] Folio 43 del cuaderno 1.

[57] Frente al alcance del 25 del Decreto 2591 de 1991, en la Sentencia C-543 de 1991, que conoció de una demanda de inconstitucionalidad sobre la norma y declaró la exequibilidad de la misma, la Corte precisó que el objetivo de esta medida no es sustituir la jurisdicción especializada, ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto sobre el daño emergente y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente. Por su parte, si el juez de tutela decide decretar la condena en abstracto o in genere y de manera excepcional, deberá establecer

el perjuicio que se ha causado de manera precisa y la necesidad del otorgamiento de la indemnización para hacer efectivo el derecho fundamental (Sentencias SU-254 de 2013 y Auto 395 de 2018).

[58] Artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, reiterado por la Sentencia SU-254 de 2013 y el Auto 395 de 2018.

[59] Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1929 de 2019.

[60] Sentencia T-339 de 2017.

[61] Artículos, 1º, 2º y 43 de la ley 941 de 2005.

[62] De conformidad con el artículo 40.a de la Ley 1122 de 2007.

[63] Artículos 2º y 3º de la Ley 610 de 2000.

[64] Artículo 53 de la Ley 734 de 2002 modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

[65] El 15 de agosto de 2018, el juez de primera instancia adoptó una medida provisional en el presente caso y ordenó a Comparta E.P.S que realizara los exámenes médicos solicitados en la acción de tutela, con el propósito de dar una protección inmediata a la actora. Sin embargo, a través de comunicación del 2 de abril de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud remitió a esta Corporación copia de la respuesta obtenida por Comparta E.P.S, sobre el presente caso. En dicha respuesta, Comparta E.P.S manifiesta que los exámenes médicos solicitados por el médico tratante y en la acción de tutela habían sido aprobados para el 28 de agosto de 2018, en el Centro Hospitalario de Cuidado Crítico del Llano S.A.S, pero que no se tiene certeza de la realización del procedimiento, toda vez que no hay evidencia sobre el cobro del mismo y la IPS ya no hace parte de la red prestadora de servicios de salud de la E.P.S. Folio 110 del cuaderno 1.