

T-603-15

Sentencia T-603/15

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Hijo en representación de madre enferma

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional en caso de existir otro medio de defensa judicial

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración

PROCESO JURISDICCIONAL A CARGO DE SUPERINTENDENCIA DE SALUD COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Desarrollo legal

PROCESO JURISDICCIONAL A CARGO DE SUPERINTENDENCIA DE SALUD COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Desarrollo jurisprudencial

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Características

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

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Exhortar al Congreso para que regule término en que Salas Laborales de Tribunales Superiores de Distritos Judiciales deben desatar impugnaciones formuladas contra Superintendencia de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales

Referencia: Expediente T-4917506

Acción de tutela interpuesta por César Augusto Clavijo Ocampo como agente oficioso de María Griselda Ocampo de Clavijo en contra de Nueva E.P.S. S.A.

Procedencia: Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué

Asunto: el carácter subsidiario de la acción de tutela y el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud para el restablecimiento del derecho a la salud.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, dentro del proceso de la acción de tutela incoada por César Augusto Clavijo Ocampo como agente oficioso de María Griselda Ocampo de Clavijo contra Nueva E.P.S. S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional remitido por el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, de conformidad con los artículos 86 inciso 2º de la Constitución Política, y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala Quinta de Selección de tutelas, escogió para revisión el expediente de la referencia, mediante el auto del 28 de mayo de 2015.

I. ANTECEDENTES

César Augusto Clavijo Ocampo actuando como agente oficioso de su madre, María Griselda Ocampo de Clavijo, formuló acción de tutela contra Nueva E.P.S. S.A. por la violación a los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y seguridad social de su agenciada, y por el desconocimiento de la especial asistencia que debe brindársele como persona de la tercera edad, dado que la entidad accionada le ha entregado tardíamente los medicamentos, insumos y servicios prescritos por los médicos para el tratamiento de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada que padece. Por otra parte adujo que la vulneración de los derechos referida obedece a la omisión de la empresa promotora de salud respecto a la atención médica integral, pues aunque sabe que su agenciada no puede movilizarse por sus propios medios no le ha suministrado servicio de enfermería domiciliaria permanente, silla de ruedas, transporte en ambulancia y suplemento alimenticio Ensure.

A. Hechos y pretensiones

1. César Augusto Clavijo manifestó que la señora María Griselda Ocampo de Clavijo cuenta con 80 años y está afiliada al Sistema General de Salud como cotizante en el régimen contributivo a través de Nueva E.P.S.
2. Relató que a su agenciada le han prescrito diversos medicamentos[1] para el tratamiento de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada[2] que padece, los cuales han sido entregados tardíamente y en dosis diferentes a las ordenadas por los médicos, lo que le ha provocado mayores afectaciones a su estado de salud.
3. Resaltó, además, la negligencia de la entidad accionada en cuanto a la efectiva prestación de los servicios a su cargo, pues a pesar de que un médico adscrito a su red constató la inmovilidad general de la señora María Griselda, no ha tomado las medidas necesarias para la eficaz prestación de la asistencia en salud, que incluya servicios que atiendan esa situación de inmovilidad.
4. De las circunstancias expuestas, el agente oficioso concluyó que Nueva E.P.S. vulnera los derechos a la vida, salud, igualdad y seguridad social de su madre, al no prestarle los servicios médicos de forma integral, dado que es una persona de la tercera edad, con graves afectaciones físicas y una alta pérdida de movilidad que requiere de tratamientos para preservar su vida, pero no puede desplazarse por sí misma para asistir a las citas

programadas. En consecuencia, solicitó que se ordene a dicha entidad entregar oportunamente los medicamentos prescritos por los profesionales de la salud. De igual manera pidió que la demandada brinde a la peticionaria la atención integral, en la que se incluya servicio de enfermería y médico domiciliarios, transporte en ambulancia, silla de ruedas y el suplemento alimenticio Ensure.

B. Actuaciones en sede de tutela

El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué admitió la acción de tutela dirigida contra Nueva E.P.S. S.A., vinculó al trámite a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima y dispuso su notificación para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

Las entidades accionadas contestaron la solicitud de amparo así:

Secretaría de Salud Departamental del Tolima

La Secretaria de Salud Departamental del Tolima solicitó que se declarara que no tiene ninguna responsabilidad en la denunciada transgresión de los derechos fundamentales de la accionante, pues no está obligada a la provisión de los servicios de salud a aquella y, por ende, no le ha denegado prestación alguna. Como sustento de esas afirmaciones, resaltó que María Griselda Ocampo participa en el Sistema General de Seguridad Social como cotizante en el régimen contributivo, a través de Nueva E.P.S. S.A., razón por la que dicha entidad está obligada a suministrarle los servicios para la atención en salud incluidos y excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Nueva E.P.S. S.A. Entidad Promotora de Salud

La entidad accionada señaló que la accionante está afiliada al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante, clasificada en la categoría A. Tras esa precisión pidió que se deniegue el amparo y, en consecuencia, que no se acceda al suministro de servicios exigidos en la acción de tutela, pues considera que no concurren los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio en salud. De forma subsidiaria, solicitó que en el evento de que se le ordene proveer servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud, se autorice el recobro de

los gastos en los que incurra ante el FOSYGA.

Como fundamento de lo anterior, se pronunció sobre cada una de las pretensiones referidas en el escrito de tutela. En relación con la silla de ruedas resaltó que no constituye un servicio de salud y, por ende, se excluyó expresamente del Plan Obligatorio de Salud, en el título VII de la Resolución 5521 de 2013 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Habida cuenta de la exclusión, se refirió en términos generales al estudio que el Comité Técnico Científico hizo de una petición de una silla de ruedas cuyo resultado fue la “negación del servicio”.

En cuanto al transporte, citó las disposiciones pertinentes de la Resolución 5521 de 2013 y señaló que la petición de la accionante corresponde a un servicio ambulatorio, el cual se debe programar mediante petición previa y que, en todo caso, los gastos que genere dicho servicio deben ser asumidos por el usuario y su familia.

Respecto del suplemento alimenticio Ensure resaltó que también está excluido del Plan Obligatorio de Salud, no obra orden médica en la que se haya prescrito ese insumo y no se ha presentado una petición para su suministro ante el Comité Técnico Científico. Finalmente, adujo que su actuación se ha regido por el principio de integralidad, pues de acuerdo con las obligaciones legales le ha prestado a la accionante todos los servicios ordenados por los médicos tratantes.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de única instancia

El 2 de febrero de 2015, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué denegó el amparo exigido en la acción de tutela. En esa oportunidad, el juzgador resaltó la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, prevista en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, bajo la que admitió la agencia oficiosa de los derechos de María Griselda.

Como fundamento de la decisión, el juez hizo un recuento de los elementos probatorios obrantes en el expediente, entre los que extrañó concepto o fórmula médica que ordenara los servicios exigidos en la acción de tutela, lo que consideró razón suficiente para denegar

las pretensiones de la acción. También refirió el incumplimiento del requisito de inmediatez, pues las fórmulas presentadas se emitieron en los años 2013 y 2014 “por lo que la acción de tutela incoada debió ser presentada dentro de término de 4 meses” (fl.41 cd.1).

D. Actuaciones en sede de revisión

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, esta Sala de la Corte Constitucional profirió auto del 27 de julio de 2015, en el que ordenó al agente oficioso responder algunas preguntas tendientes a elucidar las condiciones socioeconómicas y de salud de María Griselda Ocampo. También se le exhortó para que remitiera elementos de prueba adicionales que permitan determinar, cuáles fueron las omisiones en el suministro de los servicios de salud por parte de la accionada.

En esa misma oportunidad se ordenó a Nueva E.P.S. S.A. que remitiera una relación de los servicios formulados a la accionante por los médicos tratantes durante el último año y las constancias sobre el suministro de los mismos. Igualmente, se requirió para que informara a esta Corporación cuáles han sido las peticiones que la accionante ha presentado respecto a servicios de salud y los términos en los que se ha pronunciado sobre esas peticiones.

Superado el término otorgado para que se remitiera la información referida, el agente oficioso y la entidad accionada guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1.- La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problemas jurídicos

2.- César Augusto Clavijo como agente oficioso de su madre, María Griselda Ocampo de Clavijo, formuló acción de tutela contra Nueva E.P.S. S.A. en la que denunció la violación a

los derechos fundamentales de su agenciada por la que consideró irregular prestación de los servicios que ella requiere para el tratamiento de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada que padece. En consecuencia, solicitó que se ordene la prestación del servicio de salud integral que incluya el cumplimiento oportuno de las órdenes emitidas por los galenos, así como el suministro de diversos insumos y servicios que carecen de orden médica.

3.- El juez que conoció de la petición de amparo en única instancia, estimó inviables las pretensiones de la tutela, pues no encontró órdenes médicas en las que se hubieran prescrito las prestaciones exigidas. También expuso, como argumento para denegar la protección invocada respecto de los medicamentos que contaban con orden médica, la tardía presentación de la acción de tutela, para ese propósito tomó como referencia la fecha en la que se emitieron las órdenes aportadas. Por lo tanto, dijo, la tutela no es procedente porque no cumple el requisito de inmediatez.

4.- Puesto que el agente oficioso: i) indicó que Nueva E.P.S. S.A. suministró a su agenciada de forma irregular los medicamentos[3] prescritos por los galenos para el tratamiento de las enfermedades que padece, y ii) se quejó de la omisión en el suministro de servicios[4], el problema jurídico que debe resolver la Sala es el siguiente:

¿Procede la acción de tutela para establecer si se vulneraron los derechos a la vida, salud, dignidad humana y seguridad social de una persona por la aparente prestación irregular de los servicios de salud cuando aquélla cuenta con un mecanismo jurisdiccional para ese mismo propósito ante la Superintendencia de Salud?

5.- Para responder el problema jurídico la Sala deberá examinar inicialmente la procedencia general de la tutela, estudio en el que se hará énfasis en la agencia oficiosa y el requisito de inmediatez. Superado el análisis de esos aspectos de la procedibilidad de la acción, se abordarán los siguientes temas relacionados con el requisito de subsidiariedad en torno del que gira el problema jurídico principal: i) el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar la configuración de un perjuicio irremediable y ii) el proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud como medio judicial de protección del derecho a la salud. Finalmente, se resolverá el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

6.- En el análisis que le corresponde adelantar al juez para determinar la procedencia de la acción de tutela debe establecer la concurrencia de los requisitos generales, que emanan del artículo 86 de la Carta Política, según el cual: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Este precepto determina la legitimación en la causa y la necesidad de que se formule la acción dentro de un plazo razonable, contado desde el momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de tal manera que el amparo constitucional no se convierta en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros.

7.- En el caso que ahora la ocupa la atención de la Sala se comprueba la legitimación en la causa por activa, pues la petición de amparo se formuló por César Augusto Clavijo como agente oficioso de su madre María Griselda Ocampo, quien, según lo manifestado en el escrito de tutela, no puede promover directamente la defensa de sus derechos, dado que cuenta con 80 años y padece afectaciones de salud que dificultan su movilidad, las que corrobora la constancia de atención médica emitida el 29 de mayo de 2013, en la que se refieren las condiciones de la accionante: “postrada crónica, senilidad avanzada, incapacidad física grado III” (fl.6 cd.1).

8.- También se cumple el requisito de inmediatez, puesto que en la acción se denuncia la vulneración de los derechos de la actora como consecuencia del incumplimiento de los deberes de aseguramiento y prestación eficaz del servicio de salud en cabeza de la entidad accionada en el marco de la relación de tracto sucesivo que existe entre las partes. La naturaleza de la relación E.P.S.-Afiliado y las denuncias de la acción formulada por la señora María Griselda, en las que se refiere el incumplimiento general del deber de aseguramiento por la entidad promotora de salud, impiden que se determine el carácter oportuno de la acción tomando como referencia únicamente la fecha en la que se expidieron las órdenes médicas aportadas. Por esos factores, la Sala no comparte la conclusión a la que arribó el juez de instancia sobre el incumplimiento del requisito de inmediatez, dado que no se consideró la omisión que se le atribuye a la accionada y se ignoró la percepción que sobre dicho requisito tiene esta Corporación, pues “no cualquier

tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, sino sólo aquella que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, pues en algunos un año puede ser muy amplio y en otros eventos puede ser un plazo razonable.”[5]

Advertida la concurrencia de la legitimación en la causa por activa y cumplido el requisito de inmediatez, pasa la Sala al análisis del problema jurídico principal, relacionado con el presupuesto de subsidiariedad.

El carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar un perjuicio irremediable

9.- Según el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

10.- En consecuencia, en el análisis de la viabilidad de la solicitud de amparo, corresponde al juez constitucional determinar el cumplimiento de ese requisito, frente al cual, conviene resaltarlo, se previeron dos excepciones, en las que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela. La primera, establecida en el mismo precepto de la Carta Política, permite acudir a la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y de otro lado, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, cuando se advierta que las vías ordinarias al alcance del afectado resultan ineficaces para la protección del derecho.

11.- En cuanto a la primera hipótesis, en la que el propósito no es otro que conjurar o evitar una afectación inminente o grave a un derecho fundamental, la protección es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que la persona que ejerce

la acción de tutela, como mecanismo transitorio, de cuenta de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo[7].

12.- Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Aparece claro pues, que la sola constatación de la existencia de una vía ordinaria no basta para descartar la prosperidad de la acción de tutela, se requiere, además, que se establezca que aquélla, de cara a los derechos involucrados y a la situación particular que se analiza, es idónea y suficiente para brindar la protección requerida.

El proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud como mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud

Desarrollo legal

13.- El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 con el propósito de garantizar la efectiva protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el P.O.S.; ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una I.P.S. no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la E.P.S. de las obligaciones radicadas en su cabeza; iii) la multiafiliación dentro del sistema y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

14.- Esa norma también estableció que el trámite que debía seguir la superintendencia en

ejercicio de sus competencias jurisdiccionales era el previsto en el artículo 148 de la Ley 448 de 1996 que, a su vez, remitía a la parte primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial a las previsiones sobre el ejercicio del derecho de petición y el capítulo VIII que establecía las normas comunes a las actuaciones administrativas.

Sin desconocer esa regulación, la Superintendencia Nacional de Salud en su Circular Única diseñó el procedimiento para el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, en el que precisó los elementos que la petición debía contener:

- i) La designación de la autoridad a la que se dirige.
- ii) Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identificación, dirección y teléfono.
- iii) El objeto de la petición clara y precisa.
- iv) Las razones o hechos en que se apoya.
- v) La relación de los documentos que la acompañan y pruebas que se pretendan hacer valer, aportando las que se encuentren en su poder y haciendo la solicitud de las que considere necesarias.
- vi) La firma del peticionario.

En armonía con esos requisitos de la petición o demanda, se estableció su inadmisión para que se cumpliera con la totalidad de los presupuestos referidos y su rechazo por no subsanarse oportunamente, y por falta de jurisdicción o competencia.

La circular referida se ocupó de la notificación del auto admisorio[8], la contestación de la solicitud, el traslado de las excepciones, la audiencia en la que se adelanta la conciliación, la fijación de los hechos, pretensiones y excepciones, el saneamiento del trámite, el decreto y práctica de las pruebas, las alegaciones de las partes y la sentencia. También estableció los recursos que proceden contra las decisiones emitidas en el proceso, particularmente el recurso de reposición contra los autos y el de apelación contra la sentencia y el auto que declara la falta de competencia.

15.- Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 126 amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó las controversias relacionadas con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. En esa norma se modificó el trámite previsto inicialmente y se estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante “un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

Dado el carácter informal del trámite se enumeraron los requisitos de la demanda, en la que se debe indicar:

- i) el nombre y residencia del solicitante;
- ii) la causal que motiva la solicitud;
- iii) el derecho que se considere violado y
- iv) las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la petición.

También se dispuso que la demanda puede presentarse por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia” y se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los 3 días siguientes a su notificación, que se efectuará mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

16.- Del desarrollo legal descrito en los párrafos precedentes se advierte que el Legislador le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función de juez de salud, dado el conocimiento especializado que tiene en la materia, particularmente sobre las obligaciones en cabeza de las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en salud. Para el ejercicio de esa competencia inicialmente se hizo una remisión expresa a las disposiciones que la Ley 446 de 1998 fijó para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las superintendencias, con base en las cuales la Superintendencia Nacional de

Salud desarrolló un procedimiento particular descrito en el fundamento jurídico número 14 de esta sentencia. Sin embargo, dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios.

De acuerdo con el panorama descrito se tiene que, actualmente, los usuarios del sistema general de salud cuentan con un mecanismo expedito, célere e informal que, a priori, puede calificarse como idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que resulten afectados en el marco de la relación que mantienen con las entidades promotoras de salud.

Desarrollo Jurisprudencial

17.- Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, sobre dichas atribuciones. Así, en la Sentencia C-119 de 2008[9] en la que se estudió la demanda formulada contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[10] por la afectación del derecho del debido proceso, pues se consideró que esas atribuciones comportaban la usurpación de facultades constitucionales exclusivas de los jueces de tutela, la Corte volvió sobre la naturaleza residual de la acción de tutela y con base en esa característica definitoria del mecanismo, precisó:

“(…) 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”[11], 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” (subrayas fuera del texto original)

Por consiguiente, desde que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le otorgó a la Superintendencia de Salud facultades jurisdiccionales quedó establecido: i) el carácter prevalente del procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado; ii) el carácter residual de la tutela cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo.

18.- Efectivamente, en múltiples pronunciamientos de esta Corporación sobre el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en acciones de tutela formuladas para el restablecimiento de derechos fundamentales que han resultado afectados por la irregular prestación de los servicios de salud se han reiterado las consideraciones previstas en el párrafo anterior. Así, en la Sentencia T-653 de 2008[12], en la que se estudió la acción de tutela que presentó una persona que sufría cuadriplejia y diabetes con el objetivo de que se le brindara la atención médica de manera intrahospitalaria, y no domiciliaria, la Corte estudió el requisito de subsidiariedad y señaló:

Con la misma orientación, la Sentencia T-274 de 2009[13] reiteró las consideraciones expuestas en la Sentencia C-119 de 2008 para exaltar el carácter prevalente de la vía judicial ante la Superintendencia de Salud y la procedencia de la tutela de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Tras la modificación del procedimiento que realizó la Ley 1438 de 2011 y la ampliación de las competencias en cabeza de la Superintendencia de Salud, este Tribunal exaltó, además de la prevalencia, la idoneidad del mecanismo en los casos concretos. Así, la Sentencia T-825 de 2012[14] en la que se estudiaron las acciones formuladas en representación de menores que padecían autismo con el propósito de que se ordenara el tratamiento en instituciones especializadas señaló:

“El procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011 para tramitar este tipo de conflictos resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de

los menores Luis Miguel Gómez y Julián Romero Gaona: (i) por su carácter informal, sumario, principal y preferente; (ii) porque le otorga a la Superintendencia, entre otras, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del trámite que se surta; (iii) y por la celeridad del proceso previsto, de diez días, para resolver de fondo sobre el problema planteado.”

En la Sentencia T-914 de 2012[15] en la que se estudió una acción de tutela formulada con el propósito de que la entidad promotora de salud asegurara el transporte de un niño que padecía parálisis cerebral espástica hasta el lugar donde recibía las terapias, se destacó la competencia radicada en cabeza de la Superintendencia de Salud para la solución de ese tipo de controversias y “que el procedimiento que introdujo la Ley 1438 de 2011 para el trámite de estas cuestiones, es lo suficientemente eficaz y expedito para lograr la efectiva protección de los derechos del peticionario dado su carácter informal, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del mismo y la agilidad que contempla.”

En esa oportunidad, la Sala precisó que el juez constitucional:

“(…) antes de declarar la improcedencia de la acción de tutela debido a la inobservancia del principio de subsidiariedad, en relación con las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, debe tener en cuenta: (i) la eficacia que dicho procedimiento pueda desplegar en el caso concreto, pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos judiciales distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo para lograr la efectiva protección del derecho, o si, dada la necesidad urgente de la protección, la acción de tutela esté llamada a proceder como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (ii) debe verificar si la Superintendencia tiene la competencia para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona o si por el contrario dicha protección sólo es posible a través del ejercicio de las facultades del juez constitucional, ya que -por ejemplo- puede darse el caso que alguna de las pretensiones del actor desborde la misma o que la actuación de la entidad accionada vulnere o amenace algún derecho distinto al derecho a la salud.”

Los precedentes referidos revelan una percepción unívoca sobre el mecanismo

jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud como la vía ordinaria, principal y prevalente para el restablecimiento de los derechos y la solución de las controversias que surgen respecto del aseguramiento y prestación de los servicios en el sistema de seguridad social en salud. En armonía con esa consideración, en múltiples oportunidades la Corte ha tenido por cumplido el requisito de subsidiariedad, a pesar de que no se haya acudido preliminarmente a la vía judicial ordinaria cuando ha advertido, de cara a las circunstancias del caso concreto, que por la urgencia de la protección y el riesgo que se cierne sobre los derechos el mecanismo ordinario no resulta idóneo y por ende la tutela procede como medio principal de protección.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-004 de 2013[16] en la que se exigían servicios de salud para una persona de la tercera edad que padecía las secuelas de accidente cerebrovascular, gastrostomía, desnutrición, úlceras y escaras sobreinfectadas, se indicó:

“la Sala considera que el señor Luis Antonio Núñez quien actúa en representación de su esposa María Inés Muñoz cuenta con un mecanismo jurisdiccional el cual resulta idóneo pero no eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales; pues la Sala atendiendo a las circunstancias especiales de salud en las que se encuentra la tutelante[17], que es una persona de la tercera edad al tener 77 años y con el ánimo de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, procederá a declarar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal.”

Una consideración idéntica a la transcrita previamente se hizo en la Sentencia T-188 de 2013[18] cuando se analizó el caso de un menor a quien se le extrajo la parte superior de su ojo derecho como consecuencia de un tumor cancerígeno y al que el médico tratante le ordenó una prótesis ocular, en cuyo implante se presentó una tardanza excesiva por mora administrativa de la E.P.S.

En la Sentencia T-316A de 2013[19] en la que se revisaron las decisiones emitidas frente a una acción de tutela formulada con el propósito de que se le practicara un examen imperioso una niña de 2 años, previo a la cirugía que requería urgentemente para corregir la malformación congénita pulmonar que padecía, la Corte destacó la razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar la labor de los jueces cuando estudian los requisitos de

procedencia de la tutela e indicó que en el caso concreto resultaba:

“(…) desproporcionado señalar que el mecanismo ante la Superintendencia de Salud es preferente sobre la acción de tutela, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos procedimientos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos.”

En la Sentencia T-680 de 2013[20] en la que se estudió el caso de dos personas, una que sufría esquizofrenia paranoide, temblor esencial y retraso mental severo, y otra que padecía artritis degenerativa, osteoporosis generalizada e hipertensión esencial, quienes buscaban, a través de la tutela obtener la prestación efectiva de los servicios de salud necesarios para el tratamiento de las enfermedades que las aquejaban, se reiteró la consideración sobre la prevalencia de la tutela cuando se cierne un riesgo sobre los derechos superiores y resulte urgente su protección en el caso concreto.

La Sentencia T-206 de 2013[21] estudió diversos casos acumulados: i) una acción de tutela formulada con el propósito de que se garantizara el transporte de una menor de edad de 2 años y su madre, desde la ciudad de Neiva a Bogotá, 2 o 3 veces por mes, para que recibiera el tratamiento de la esclerodermia que padecía. ii) La acción formulada por una persona que sufría enfermedad renal crónica e hipertensión, a través de la que solicitaba que se le otorgara transporte desde la ciudad de Pitalito a Neiva, ciudad donde le practicaban el procedimiento de diálisis, dos veces por semana. iii) La acción formulada por una víctima de desplazamiento forzado, a quien se le habían practicado 8 intervenciones quirúrgicas por quistes en los ovarios, apendicitis y peritonitis, en la que solicitaba que se ordenara a la E.P.S. practicarle, sin más dilaciones, la cirugía de cierre de colostomía y cirugía plástica de pared abdominal, prescritas por los médicos tratantes.

En esa oportunidad, la Corte adujo que si bien la Superintendencia de Salud cuenta con un procedimiento preferente y sumario para ventilar las controversias suscitadas respecto a la prestación de los servicios de salud, éste no prevé un término para solventar la segunda instancia, razón por la que la acción de tutela podría proceder como mecanismo principal

para proteger los derechos conculcados en esa relación en los eventos en los que se ejerza por sujetos de protección constitucional reforzada, cuya vida e integridad personal se encuentren en peligro. De acuerdo con esa consideración:

“Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”(subrayas ajenas al texto original)

En la Sentencia T-728 de 2014[22] cuando se adelantó el análisis de subsidiariedad en casos en los que se exigía la prestación de servicios de salud, se consideró, nuevamente, el criterio de urgencia referido:

“En los casos bajo estudio, se considera que las acciones de tutela son procedentes, puesto que invocan la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque el apremio de la solicitud demanda una respuesta judicial sin más demoras. La Corte resalta que remitir en sede de revisión los asuntos bajo examen a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos, toda vez que los actores, adultos postrados y en estados límites de salud, requieren medidas impostergables para asegurar unas condiciones dignas de existencia a pesar de la complejidad de sus padecimientos, y resultaría desproporcionado, someterles a una espera mayor de la que ya han afrontado desde la presentación de la acción de tutela.”

19.- No obstante la existencia de una línea jurisprudencial uniforme en la que se reconoce la prevalencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud y la procedencia de la tutela de forma residual y excepcional, la Sentencia T-061 de 2014[23] se apartó de esa consideración en un caso concreto y estimó que la acción de tutela debe proceder como mecanismo principal en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al servicio de salud.

Frente a dicho pronunciamiento hay que señalar que éste no constituye un precedente[24] para el presente asunto, dado que las circunstancias fácticas que se analizaban entonces

difieren de las actuales. En esa oportunidad las accionantes[25] buscaban que se les suministraran medicamentos -ácido ibandronico y micofenolato mofetil- para el tratamiento de lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y osteoporosis severa, los cuales contaban con prescripción médica y respecto de los que se hizo una denuncia precisa sobre la falta de suministro. Por el contrario, la acción que ahora estudia la Sala denuncia la vulneración de derechos fundamentales por una omisión general en la prestación de los servicios de salud por parte de Nueva E.P.S. para el tratamiento de una enfermedad crónica, sin que se precisen las circunstancias de la prestación irregular de la atención en salud.

Además de las divergencias fácticas que no permiten tener a la Sentencia T-061 de 2014 como un precedente para este caso, hay que señalar también que la consideración expuesta en esa oportunidad sobre la competencia principal del juez de tutela para conocer todos los casos relacionados con el acceso efectivo al servicio de salud desconoce la Sentencia C-119 de 2008 en la que se declaró la constitucionalidad de la función jurisdiccional otorgada a la Superintendencia de Salud y se resaltó su competencia principal y prevalente para elucidar los asuntos relacionados con las facultades que le fueron otorgadas.

20.- Respecto a la eficacia del mecanismo que se adelanta ante la Superintendencia Nacional de Salud, que ha sido motivo de preocupación para esta Corporación, conviene destacar algunas circunstancias que develan su idoneidad para resolver las controversias que surgen en el marco de la prestación de los servicios de salud:

- i) Los principios que rigen el trámite: prevalencia, brevedad, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.
- ii) La sencillez del trámite. Una de las características del trámite que demarcan su accesibilidad y eficacia es su informalidad, la cual se evidencia principalmente en el ejercicio de la acción, que puede ser incoada: “sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia.”[26]

De acuerdo con lo anterior, la demanda puede presentarse por cualquiera de los medios dispuestos para el efecto: personalmente en los puntos de atención, remisión por correo

físico y por vía electrónica (según lo indicado en la página web de la Superintendencia Nacional de Salud la acción se puede ejercer a través de un correo electrónico dirigido a la dirección electrónica: funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co)

iii) La especialidad de los jueces. La Superintendencia Nacional de Salud por las competencias legales que ejerce se presenta como un juez idóneo y especializado en las materias previstas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011.

Esa idoneidad la refuerza la capacitación de los funcionarios de la mencionada entidad para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, tal como se indicó en el informe de gestión que emitió en el año 2014

“la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación se rediseño, modernizando su despacho y nombrando un grupo interdisciplinario de funcionarios (médicos, enfermeras expertos en auditoría, abogados especializados en diferentes áreas del derecho, administradores de empresas, contadores), igualmente se contrató asesoría profesional de entidades como DERSOCIAL, con quienes se logró que todos los abogados de esta dependencia se capacitaran y alcanzaran el perfil del “Jueces de la Salud”. Esquema éste que se socializó con la Ciudadanía y Actores del Sistema de Salud, lo que arrojó un incremento considerable en el número de demandas y/o solicitudes en esta función.”[27]

Por su parte, las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial[28] son jueces idóneos para desatar las apelaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas en primera instancia por la Superintendencia Nacional de Salud si se consideran los asuntos que conocen ordinariamente, de acuerdo con el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que le asignó a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social la competencia para resolver las controversias derivadas de la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras[29].

iv) La celeridad del trámite. De acuerdo con el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 el fallo de primera instancia debe emitirse dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, el cual, a su vez, puede ser impugnado dentro de los 3 días siguientes, de

suerte que, en el término máximo de 10 días, el solicitante contará con la decisión de una autoridad especializada sobre la controversia que planteó.

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

v) El reconocimiento del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud como el escenario para la solución de las controversias relacionadas con la prestación de los servicios de salud. Aunadas a las características referidas, deben considerarse las acciones dirigidas a que el mecanismo jurisdiccional sea conocido por los ciudadanos, entre las que se encuentran la elaboración de cartillas pedagógicas y la celebración de convenios entre la Superintendencia Nacional de Salud y diversas universidades para que los estudiantes que adelantan sus prácticas en los consultorios jurídicos presten asesoría sobre el mecanismo[30].

Las medidas de reconocimiento y promoción del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud han provocado un aumento en el número de solicitudes presentadas, que se evidencia en la siguiente gráfica incluida en el informe de gestión del año 2014:

La efectiva solución de las controversias que conoce la referida autoridad administrativa como juez de salud también se puede verificar en las estadísticas presentadas, relacionadas con su función jurisdiccional, de acuerdo con las cuales en el año 2014[31]:

En armonía con lo expuesto, en esta oportunidad se reitera el criterio de la Corte sobre la prevalencia de la vía judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Salud expuesto

en la sentencia C-119 de 2008, en atención a: i) los principios que irradian el trámite: celeridad, eficacia, economía y prevalencia del derecho sustancial; ii) la sencillez del proceso, que exige una petición que cuente con unas indicaciones mínimas respecto a la identidad del accionante y la afectación del derecho, de acuerdo con las competencias que se le asignaron a la referida superintendencia; iii) las vías a través de las que se ejerce la acción: por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito; iv) la especialidad de los jueces, v) la celeridad del trámite y vi) la promoción y difusión del mecanismo como vía principal de solución de los conflictos suscitados en torno a la prestación del servicio de salud. Dichos elementos, en conjunto, develan un mecanismo ordinario, adecuado y eficaz para la protección del derecho a la salud y de las demás prerrogativas que puedan resultar afectadas en el marco de la prestación de los servicios de salud.

Con todo, la existencia de una vía ordinaria principal, en este caso la acción ante la Superintendencia de Salud, no descarta de forma absoluta la acción de tutela, pues ésta, como se estableció desde su previsión en la Carta Política, procede directamente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el instrumento ordinario, en concreto, no resulte idóneo para la protección y restablecimiento de derechos constitucionales fundamentales amenazados o afectados.

Habida cuenta del carácter residual de la acción constitucional y de las excepciones que habilitan la procedencia directa de la tutela, debe tenerse como mecanismo principal el instrumento ordinario establecido por el Legislador para la protección del derecho a la salud, cuya idoneidad se evalúa en el caso concreto, pues la urgencia que demande la protección del derecho o el tipo de medidas que las circunstancias exijan pueden tornarlo ineficaz, sin que ello signifique que la competencia principal para resolver las controversias que afloren respecto a la prestación de servicios de salud esté radicada en el juez de tutela, quien, se insiste, cuenta con una competencia residual y subsidiaria.

21.- Desde luego que, por la naturaleza de los derechos involucrados, resulta plausible que en reiteradas ocasiones se considere que la tutela se abre paso directamente por la eventual configuración de un perjuicio irremediable, pero esa circunstancia no modifica su naturaleza subsidiaria, ya que, por mandato superior, está supeditada al agotamiento de los mecanismos ordinarios.

Para ilustrar mejor lo expuesto, resulta útil la distinción del tipo de asuntos sobre los que se le asignó competencia a la Superintendencia de Salud, pues, por un lado, respecto a los conflictos relacionados con: i) las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del sistema, ii) multiafiliación, iii) movilidad dentro del sistema, iv) pago de prestaciones y v) reembolso de gastos, podría pensarse razonablemente que tienen menores probabilidades de provocar que la tutela proceda como mecanismo principal, ya que no suelen comportar una amenaza grave e inminente sobre un derecho fundamental. Por el contrario, las cuestiones relativas al acceso efectivo al servicio de salud podrían tornar viable la tutela como vía principal en un mayor número de oportunidades. Sin embargo esas previsiones no permiten descartar, a priori, a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como vía preferente por la falta de idoneidad del mecanismo ante la intendencia respecto de las causales referidas inicialmente, pero tampoco resultan suficientes para considerarla, de forma anticipada, como vía principal para el restablecimiento de los derechos en abierta contradicción con su naturaleza residual.

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

El caso concreto

23.- En esta oportunidad, se agencian los derechos de María Griselda Ocampo de Clavijo, quien cuenta con 80 años de edad, padece de enfisema pulmonar crónica y cardiomiopatía dilatada y, de acuerdo con una visita médica domiciliaria efectuada el 29 de mayo de 2013[32] su condición física se describe como: “postrada crónica, senilidad avanzada, incapacidad física grado III”.

En el escrito de tutela el agente oficioso indicó que a su agenciada le formularon medicamentos[33] para el manejo de las patologías que padece, pero “mi accionada entidad en ningún momento aporta estos como son, en la totalidad que son o en la calidad

que son, en cierto momento le cambiaron uno por genérico y la afectó” (fl.1cd.1). Con base en esa omisión que le endilgó a Nueva E.P.S. y el estado general de salud de su representada, solicitó que se le ordene a la entidad promotora de salud entregar oportunamente los medicamentos prescritos por los profesionales de la salud y que le brinde a la peticionaria atención integral, que incluya servicio médico y de enfermería domiciliarios, transporte en ambulancia, silla de ruedas y el suplemento alimenticio Ensure.

De lo expuesto, se advierte que las pretensiones de la acción tienen como fundamento el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de una E.P.S., que se ha abstenido de prestar servicios incluidos y excluidos del P.O.S. -que no cuentan con prescripción médica-, circunstancias que acompañan con las competencias que el literal a) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el literal e), adicionado por el artículo 126 de Ley 1438 de 2011, le asignaron a la Superintendencia Nacional de Salud. En consecuencia, las pretensiones de la acción deberán ser estudiadas y decididas en esa instancia, a través del mecanismo ordinario, sin que resulte plausible que el juez constitucional sustituya esa competencia en esta oportunidad, pues, no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable ni se advierte la falta de idoneidad de la vía ordinaria.

24.- En efecto, no se aportaron elementos que indiquen que la falta de resolución inmediata sobre el asunto puede generar un perjuicio irremediable, pues aunque no se desconocen las dificultades de salud de la accionante, lo cierto es que no se brindaron detalles sobre las omisiones que se le atribuyen a Nueva E.P.S., no se dijo en qué consistieron ni cuándo se presentaron los incumplimientos respecto a la entrega de los medicamentos prescritos por los médicos ni se probó la falta de prestación del servicio. Por el contrario, se aportaron algunas fórmulas médicas, entre ellas una emitida por médico particular, y la descripción del servicio “Salmeterol+Fluticadona50+250 mcg (inhalador bucal)”[34] en el que constan las autorizaciones del mismo, las que no permiten deducir la afectación de un derecho fundamental que exija medidas urgentes por parte del juez de tutela para su restablecimiento.

Tampoco obra en la petición de amparo alguna referencia circunstancial o información médica o científica que indique porqué la falta de provisión del servicio de transporte en ambulancia, la atención médica domiciliaria, el servicio de enfermería domiciliario

permanente, la silla de ruedas y el suplemento alimenticio especial pueden provocarle un perjuicio irremediable a la accionante o que resulta necesario adoptar medidas urgentes sobre tales prestaciones carentes de orden médica.

A la ausencia de elementos que justifiquen la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio o que indiquen que el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud no es idóneo, se suma la inactividad del agente oficioso frente a la labor adelantada por esta Corporación tendiente a identificar la vulneración de los derechos de la señora María Griselda y a recaudar elementos de prueba sobre la misma. Nótese que se efectuó un requerimiento para determinar las cuestiones que se extrañan: vulneración de los derechos, la prueba de la afectación y las condiciones socioeconómicas de la accionante y su núcleo familiar, pero no se obtuvo respuesta.

Así las cosas, ante la falta de pruebas que den cuenta de la configuración de un perjuicio irremediable o de la insuficiencia del mecanismo ordinario para solventar la controversia en torno a la aparente infracción de los deberes de aseguramiento por parte de Nueva E.P.S. no procede el análisis de la demanda de tutela presentada por César Augusto Clavijo como agente oficioso de María Griselda Ocampo de Clavijo por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción, ya que no se acudió ante la Superintendencia Nacional de Salud para que esta autoridad se pronunciara sobre el conflicto relacionado con las prestaciones de salud que, se aduce, han sido omitidas o no se han suministrado en debida forma. Por consiguiente, no se agotaron todos los mecanismos judiciales ordinarios para la protección efectiva de los derechos fundamentales invocados.

25.- Como quiera que el legislador diseñó el mecanismo descrito en los fundamentos jurídicos 17 y 20 de esta sentencia y estableció los principios que rigen su trámite, los asuntos que se pueden dilucidar por esa vía, las autoridades competentes para conocer las solicitudes presentadas por los ciudadanos, el término en el que se debe emitir la decisión de primera instancia y el término para formular la impugnación contra dicho fallo, pero omitió indicar el tiempo con el que cuentan las salas laborales de los tribunales superiores del país para desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, se exhortará[35] al Congreso de la República para que regule ese aspecto del mecanismo en aras de contar con un diseño integral que permita predicar, sin ambages, su idoneidad como vía preferente y sumaria para la solución

de las controversias surgidas en el marco de la prestación de los servicios de salud.

No obstante lo anterior, la Sala considera válido que, por vía de analogía, se apliquen los términos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

26.- Descartada la procedencia de la acción de tutela formulada por César Augusto Clavijo como agente oficioso de María Griselda Ocampo de Clavijo por las razones expuestas, se confirmará la decisión emitida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué el 2 de febrero de 2015, en la que se denegó el amparo de los derechos a la vida, salud, seguridad social e igualdad invocados por la accionante y se remitirá copia de la actuación a la Superintendencia Nacional de Salud para que asuma el conocimiento del asunto y lo tramite conforme con el procedimiento establecido en la Ley 1438 de 2011. Finalmente, se exhortará al Congreso de la República para que reglamente el término de la segunda instancia de dicho mecanismo jurisdiccional.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR integralmente el fallo proferido el 2 de febrero de 2015, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, dentro de la acción de tutela incoada por César Augusto Clavijo Ocampo, como agente oficioso de su madre María Griselda Ocampo de Clavijo.

SEGUNDO: ENVIAR copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que asuma el conocimiento inmediato del asunto y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: EXHORTAR al Congreso de la República para que, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia, regule el término en el que las Salas Laborales de los

Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con la competencia que les asignó el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

CUARTO: Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-603/15

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Existe un mínimo de evidencia fáctica que habilita el examen de fondo del caso concreto, teniendo en cuenta que se trata de una persona de 80

años de edad con inmovilidad, enfermedad pulmonar y cardiomiopatía (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Asunto reviste importancia constitucional al comprender derechos y principios propios de Estado Social de Derecho (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-De cara a una crisis tan profunda como la que aqueja al sistema de salud colombiano, sin desconocer con ello los esfuerzos por superar las dificultades estructurales, no puede supeditarse la acción de tutela a que se agoten todos los mecanismos judiciales ordinarios (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-A pesar de que deban adelantarse previamente los mecanismos administrativos o judiciales dispuestos, ello no puede convertirse en un obstáculo insalvable cuando estén en juego caros intereses de una sociedad (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Tiempo que implica agotar instancia ante Superintendencia de Salud más segunda instancia ante Salas Laborales de Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en el evento de impugnarse, harían inoperante respuesta que brinda la acción de tutela, además de desvirtuar posibilidad de adoptar medidas provisionales para proteger los derechos (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-4917506

Acción de tutela interpuesta por César Augusto Clavijo Ocampo como agente oficioso de María Griselda Ocampo de Clavijo en contra de Nueva E.P.S. S.A.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a salvar el voto en esta oportunidad.

César Augusto Clavijo Ocampo actuando como agente oficioso de su madre, María Griselda Ocampo de Clavijo, quien cuenta con 80 años y se encuentra en tratamiento permanente

debido a la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y cardiomiopatía dilatada que padece, interpuso acción de tutela en contra de la Nueva EPS, por la omisión en la atención médica integral a su progenitora, ya que aunque su condición física se describe como: “postrada crónica, senilidad avanzada, incapacidad física grado III”, no se le ha suministrado servicio de enfermería domiciliaria permanente, silla de ruedas, transporte en ambulancia y el suplemento alimenticio Ensure.

La mayoría de la Sala de Revisión consideró que este caso giraba alrededor de un incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la EPS, la que se abstuvo de prestar servicios incluidos y excluidos del POS, circunstancias que por disposición legal son de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud. Además, encontró que no resultaba plausible que el juez constitucional substituyera a esa entidad, toda vez que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable, ni se advirtió la falta de idoneidad de la vía ordinaria.

Contrario a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, estimo que en esta oportunidad se debió otorgar la protección invocada, de acuerdo con los puntos que se exponen a continuación.

Existe un mínimo de evidencia fáctica que habilita el examen de fondo del caso concreto, teniendo en cuenta que se trata de una persona de 80 años de edad, con inmovilidad, enfermedad pulmonar y cardiomiopatía, que reclama oportunidad en la entrega de medicamentos, atención domiciliaria, suplemento alimenticio y silla de ruedas, lo cual nunca fue descartado por la Nueva EPS al responder la acción de tutela.

El asunto reviste importancia constitucional al comprometer derechos y principios propios de un Estado Social de Derecho (vida, salud y dignidad humana), respecto del cual la inmediatez y eficacia que brinda el recurso de amparo, cumple una función redistributiva y preventiva en la salvaguarda de la vida de sus ciudadanos.

Casos como el presente ameritan un despliegue de la actividad del juez constitucional. Por ejemplo, ante el dictamen de médicos no adscritos a la EPS, la Corte ha permitido su convalidación o una nueva valoración, a fin de propender por el restablecimiento efectivo del derecho a la salud.

Además, de cara a una crisis tan profunda como la que aqueja al sistema de salud colombiano, sin desconocer con ello los esfuerzos por superar las dificultades estructurales, no puede supeditarse la acción de tutela a que “se agoten todos los mecanismos judiciales ordinarios”.

Entonces, a pesar de que deban adelantarse previamente los mecanismos administrativos o judiciales dispuestos, ello no puede convertirse en un obstáculo insalvable, cuando estén en juego caros intereses de una sociedad, como es la salud y la vida de sus habitantes. Finalmente, el tiempo que implica agotar la instancia ante la Superintendencia de Salud más la segunda instancia ante las salas laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en el evento de impugnarse, harían inoperante la respuesta que brinda la acción de tutela, además de desvirtuar la posibilidad de adoptar medidas provisionales para proteger los derechos (Art 7, Decreto 2591 de 1991[36]).

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] Levotiroxina//Amlodipino//Esomeprazol//Aprovasc//Atorvastatina//inhaladores Spiriva y Seretide

[2] Diagnostico que se advierte en las formulas médicas aportadas con el escrito de tutela.

[3]Levotiroxina, Amlodipino, Esomeprazol, Carvedilol, Aprovacs, Atorvastatina y los inhaladores Spiriva y Seretide. (fl. 1cd.1)

[4]Servicio de enfermería domiciliaria permanente, servicio médico domiciliario, transporte en ambulancia, silla de ruedas, suplemento alimenticio Ensure y tratamiento médico integral. (fl. 2 cd.1)

[5] Corte Constitucional. Sentencia SU 158 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa

[6] Corte Constitucional. Sentencia T 580 de 26 de julio de 2006. M. P. Manuel José Cepeda.

[7] Sentencias: T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

[8] Circular Única. Superintendencia Nacional de Salud, Título I, Capítulo I, artículo 2.6. “En el Auto Admisorio se correrá traslado al peticionado por el término de 4 días, y su notificación se efectuará a través de la Secretaría General de la Superintendencia Nacional de Salud, en la forma establecida en los artículos 315 a 320 del Código de Procedimiento Civil.”

[9] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[10] “ Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

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

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

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

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

[11] “Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a)”.

[12] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[13] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte estudió la tutela presentada por una persona afectada por una disminución indeterminada de agudeza visual, a quien la E.P.S. le denegó la atención por parte de oftalmología. Habida cuenta de esa denuncia la Corte consideró que la actuación de la entidad promotora de salud desconoció el derecho a la salud del accionante en su fase de diagnóstico.

[14] M.P. Mauricio González Cuervo

[15] Ib.

[16] M.P. Mauricio González Cuervo

[17] “‘secuelas de accidente cerebrovascular, gastrostomía, desnutrición proteico calórica, actualmente con úlceras y escaras sobreinfectadas, quien por su condición médica actual, está en programa de atención domiciliaria’ Información suministrada por Salud Total EPS en la contestación de la demanda de tutela. (Folio 161 del cuaderno No. 1).”

[18] M.P. Mauricio González Cuervo

[19] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[20] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[22] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

[23] M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[24] Sentencia T-217 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. “Se entiende que el precedente será pertinente, respecto de una sentencia previa, cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trate de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional análoga y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”

[25] Se acumularon tres expedientes de tutela. La primera presentada por una mujer de 79 años que padecía osteoporosis severa a quien se le formuló ácido ibandronico. La segunda presentada por otra mujer con osteoporosis a quien se le formuló el mismo medicamento y la tercera presentada por una mujer que padecía lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y sistemas a quien se le formuló micofenolato mofetil. En los tres casos las accionantes denunciaron la negativa de las E.P.S. de suministrar los medicamentos prescritos por los médicos tratantes.

[26] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011

[27] Informe de gestión Superintendencia Nacional de Salud, año 2014, disponible en la página web de la entidad, consultado el 10 de septiembre de 2015.

[28] Decreto 2462 de 2013. Artículo 30. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, las siguientes:

1. Conocer a petición de parte y fallar en derecho, con carácter definitivo, en primera instancia y con las facultades propias de un juez, los asuntos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y en las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. En caso que sus decisiones sean apeladas, el competente para resolver el recurso, conforme a la normativa vigente será el Tribunal Superior del Distrito Judicial –Sala Laboral– del domicilio del apelante.

[29] Ver sentencia de 26 de enero de 2015 emitida por la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá M.P. Manuel Eduardo Serrano Baquero en la confirmó la decisión emitida por la Superintendencia Nacional de Salud que ordenó a una entidad promotora de salud garantizar terapia ocupacional, de lenguaje y física así como todos los servicios prescritos para el manejo de las patologías que aquejan a un menor de edad.

Ver sentencia de 30 de junio de 2015 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá M.P., Dolly Amparo Caguasango Villota, que confirmó la decisión emitida por la Superintendencia Nacional de Salud en la que se ordenó a una entidad promotora de salud asumir las incapacidades médicas y el valor de los gastos en los que tuvo que incurrir una accionante a la que se le detectó un tumor canceroso en el colon en el

manejo de dicha patología por parte de un médico particular, pues la entidad accionada no le asignó una cita oportunamente.

[30] En este mismo sentido, se realizaron convenios con Consultorios Jurídicos de Universidades, entre ellas: Libre de Bogotá, Santo Tomás de Bogotá, ICESI de Cali y Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC de Tunja. Logrando impactar positivamente el conocimiento y uso que de la Función Jurisdiccional tanto en la academia, como en los usuarios del sistema de seguridad social en salud e igualmente al interior de la Delegada, ya que los estudiantes dentro del programa de clínica jurídica que hace parte del convenio están realizando su práctica de consultorio jurídico en esta Dependencia. También dentro de estos convenios los estudiantes desde sus consultorios jurídicos vienen prestando asesoría jurídica a los ciudadanos que requieren acceder a la función jurisdiccional y en algunos casos han ejercido la defensoría legal en representación de ellos.

[31] Gráfica incluida en Informe de Gestión 2014. Superintendencia Nacional de Salud disponible en la página web de la entidad

[32] Folio 6, cuaderno 1.

[33] Levotiroxina, Amlodipino, Esomeprazol, Carvedilol, Aprovacs, Atorvastatina y los inhaladores Spiriva y Seretide. (fl. 1cd.1)

[34] Folio 7, Cuaderno 1.

[35] Sentencia C-728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo “Sobre el exhorto y su significado en derecho constitucional esta Corporación ha dicho que el mismo no debe ser visto ‘(...) como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas’”.

[36] Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.//Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución,

para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.//La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.//El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.//El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.