

Sentencia T-770/07

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Procedencia

SERVICIOS PUBLICOS-Eficiencia, continuidad y universalidad de la cobertura

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Casos en que procede por vulneración a la salud

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Alcance

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Facultades

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

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Deber de garantizarlo

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización cirugía de reemplazo de cadera

Referencia: expediente T-1620406

Acción de tutela instaurada por Nelly María Gómez Gamero contra el Seguro Social – I.S.S.-

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Hechos.

La señora Nelly María Gómez Gamero interpuso acción de tutela contra el Seguro Social - I.S.S.- por la presunta violación que esta entidad ha hecho respecto de su derecho fundamental a la salud.

En un breve escrito de demanda de tutela, la accionante expuso los hechos que la motivaron a interponer la presente tutela.

1. Señala la accionante, quien es una persona de setenta y seis (76) años de edad, que en el mes de julio de 2005 le fue ordenada la realización de una intervención quirúrgica de PROTESIS TOTAL DE CADERA.

1. Con todo, hasta la fecha de interposición de la presente tutela, dicho procedimiento médico no ha sido realizado, aún cuando se le había informado que dicha intervención quirúrgica tendría lugar en un año.

1. Advierte la accionante que la enfermedad en su cadera ha afectado gravemente su condición de salud, pues el dolor que la aqueja es tan fuerte que limita su movilidad y no tolera estar de pie y mucho menos caminar.

1. Señala finalmente que es mujer independiente que vive sola y que se desempeña como modista, considera que la violación de su derecho a la salud es evidente, razón por la cual solicita su protección inmediata, y por ello, pide que se ordene al Seguro Social que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, se expidan las órdenes correspondientes para que le sea practicada la cirugía de trasplante de cadera que

requiere.

## 2. Intervención de la entidad demandada.

En documento suscrito el 8 de febrero de 2007 por la Jefe de la Dirección Jurídica del I.S.S., Seccional Valle, dio respuesta a esta acción de tutela, señalando lo siguiente:

“Que la cirugía denominada PRÓTESIS TOTAL DE CADERA se encuentra prevista dentro del Plan Obligatorio de Salud POS.

“Así también, solicitamos de la señora accionante o de quien obre en su presentación de manera comedida acudir a nuestra Sede Administrativa, Oficina de Tutelas Bellavista Carrera 4ª Oeste No. 12-89 - Piso 2, Cali, teléfonos 683 79 73 / 6 83 58 17 con la (sic) doctor CARLOS ARTURO CADAVID, donde debe aportar la siguiente documentación (quien entrega las fichas correspondientes para su recepción a las 8.00 AM).

- \* Fotocopias del carné de afiliación y del documento de identidad del afiliado.
- \* Fotocopias último recibo de pago sí es pensionado o tres últimas autoliquidaciones si es cotizante activo.
- \* Semanas cotizadas.
- \* Original de la orden médica donde le fue prescrita la cirugía de PRÓTESIS TOTAL DE CADERA DERECHA.
- \* Fotocopia de la Sentencia de Tutela o Auto Admisorio de la Acción de Tutela.

“Los documentos solicitados con anterioridad, serán remitidos a la Oficina de autorizaciones Departamento de Contratación de Servicio de Salud de la EPS, con el fin de expedir la orden de servicio, mediante contratos suscritos por el I.S.S. - E.P.S. con Centros Asistenciales Especializados en la práctica del procedimiento señalado.

“De la misma manera el artículo 28 Parágrafo 1 del Decreto 806 de 1994, establece que: ‘... cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en

POS, deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo’.”

### 3. Decisión judicial objeto de revisión

En sentencia del 12 de febrero de 2007, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, de la señora Nelly María Gómez Gómero.

Señala el a quo, luego de hacer una larga transcripción de una sentencia de la Corte Constitucional en la que se exponen argumentos relativos a la principal finalidad de las E.P.S., cual es la de asumir adecuadamente la prestación de los servicios en salud requeridos por sus afiliados, que en el presente caso, en donde se encuentran en juego los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, la entidad accionada no puede excusar la no prestación de los servicios de salud reclamados en trámites burocráticos o administrativos.

Así, vista la especial afectación a la salud de la accionante, se ordenó al I.S.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, practicara la cirugía de prótesis total de cadera derecha, si así lo consideran pertinente los médicos tratantes de la accionante.

### 4. Pruebas aportadas al proceso.

- Folio 3 y 8, copia de la solicitud de exámenes de laboratorio prescrita por un médico traumatólogo adscrito a la E.S.E. Antonio Nariño de la ciudad de Cali, orden de exámenes dada el 12 de diciembre de 2006.

- Folio 4, solicitud de informe y examen radiológico ordenado a la accionante por el médico Javier Rosero Angulo, (Traumatólogo y ortopedista) de la misma E.S.E. Antonio Nariño de la ciudad de Cali. (orden sin fecha).

- Folio 5, orden de hospitalización expedida a favor de la accionante por cuenta del mismo médico Rosero Angulo.

- Folio 9, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Nelly María Gómez Gomero, en la que se observa que la accionante nació el 25 de diciembre de 1930, con lo cual la accionante contaba con 76 años de edad, al momento de iniciar el trámite de esta acción de tutela.

## 5. Pruebas remitidas a la Corte.

Mediante oficio del 17 de julio de 2007, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Sustanciador, un documento suscrito por la señora Nelly María Gómez Gamero y que fuera inicialmente recibido el 9 de marzo del presente año por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

En dicho escrito, la accionante expone como argumento principal el que la acción de tutela fallada a su favor no ha sido cumplida, pues el Seguro Social ha alegado no tener las partidas presupuestales “que el gobierno nacional aporta para el cabal desarrollo de sus actividades”. Es decir, la no prestación del servicio médico requerido por la accionante se justifica en la falta de recursos económicos del Seguro Social, lo que ha diferido en el tiempo la realización de la intervención quirúrgica de trasplante total de cadera derecha.

Finaliza el escrito señalando que “lo procedente, procesalmente hablando, debe ser acatar y no omitir por parte de la entidad accionada la sentencia de tutela tantas veces mencionada en los anteriores acápite; y que sea trasladada la accionante a otra E.P.S., distinta al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES atendiendo lo preceptuado en el ordenamiento supremo constitucional sobre la protección del bien jurídico tutelado como son la vida, la integridad física el trabajo y la salud.”

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

### 2. Problema jurídico.

En el caso objeto de revisión, la demandante argumenta que sus derechos fundamentales a

la salud, a la vida en condiciones dignas se encuentran violados por el Seguro Social, por cuanto no le ha realizado una intervención quirúrgica que requiere y que consiste en el trasplante total de cadera derecha, afección que limita gravemente su movilidad y que le causa fuertes dolores.

Si bien la acción de tutela fue concedida por el juez de tutela de primera instancia, la orden impartida en tal decisión judicial señaló que la intervención quirúrgica fuera realizada cuando los médicos tratantes así lo consideraran pertinente, situación a la cual se ha unido también la excusa expuesta por la entidad accionada, en el sentido de que no cuenta con los recursos económicos para asumir directamente o contratar la realización de dicha cirugía.

Expuestas las anteriores circunstancias fácticas y teniendo en cuenta que la accionante es una mujer perteneciente a la tercera edad (76) años de edad, grupo social respecto del cual la Constitución Política ha establecido una especial protección a sus derechos, corresponde a esta Sala determinar si efectivamente los derechos fundamentales de la accionante fueron desconocidos, habida consideración, de acuerdo a información suministrada por la accionante por vía telefónica el día 26 de julio del presente año, aún no le había sido practicada la cirugía requerida. Además, del documento remitido por la accionante a esta Corporación, se advierte que la referida cirugía no se ha realizado al parecer por dificultades económicas de la E.P.S. del Seguro Social.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte hará referencia a la jurisprudencia constitucional relacionada con i) la protección del derecho a la salud por vía de acción de tutela, (ii) la primacía del derecho a la salud en las personas de la tercera edad, grupo social respecto de quienes tal derecho es catalogado como un derecho fundamental per se. De la misma manera se reiterara la posición asumida por parte de la Corte Constitucional en relación con iii) la inaceptable excusa de la insuficiencia de recursos económicos de las entidades promotoras de servicios de salud, para asumir la prestación de los servicios médicos requeridos por sus afiliados, y finalmente, iv) el inexorable deber de las entidades de dar estricto e inmediato cumplimiento a las providencias judiciales dictadas en sede de tutela.

### 3. Protección del derecho a la salud por vía de acción de tutela

La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en

favor de todos los habitantes del territorio nacional, es tanto un derecho como un servicio público<sup>1</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>2</sup>.

Con todo, ha explicado este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo."<sup>3</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelva mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>4</sup>

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente<sup>5</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos

sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>6</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

Ahora, si bien hay características generales del derecho a la salud, esta Sala considera relevante hacer una breve referencia a las particularidades propias del derecho a la salud de las personas de la tercera edad, habida consideración al caso en particular.

### 1. El derecho a la salud en las personas de la tercera edad.

La Constitución Política tiene cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional respecto de quienes la garantía del derecho a la salud debe reforzarse en virtud del alto grado de vulnerabilidad en que se encuentran. Así, se han identificado algunos grupos sociales específicos como los menores de edad<sup>7</sup>, las personas de la tercera edad<sup>8</sup> y los discapacitados<sup>9</sup> respecto de quienes el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo<sup>10</sup>, pues tal y como lo advierte de manera expresa el artículo 13 de la Carta y otras normas en la misma Carta Política, es posible establecer diferenciaciones positivas justificadas, que permitan contrarrestar la condición de

vulnerabilidad o debilidad manifiesta de estos grupos sociales.

En efecto, cuando una persona cuya especial situación de vulnerabilidad ha sido reconocida por la misma Constitución Política, manifiesta que se requiere la protección de su derecho a la salud, tendrá efectivamente la posibilidad de reclamar del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) una pronta y eficaz atención.<sup>11</sup>

Por ello, cuando quien reclama la protección de tales derechos prestacionales es una persona de la tercera edad o mayor adulto – como es el presente caso, encuentra especial respaldo en el artículo 13 Superior, que al disponer expresamente el trato especial que merece, este grupo social lleva consecuentemente a que los referidos derechos prestacionales se tornen automáticamente en fundamentales, y se posibilite que los mismos sean protegibles por vía de la acción de tutela, sin que se requiera demostración de conexidad con derecho fundamental alguno.

“En efecto, la jurisprudencia ha señalado que en el caso de las personas de la tercera edad, esos derechos se tornan fundamentales de manera autónoma en virtud de la especial protección que la Carta Política da a las personas que se encuentran en dichas circunstancias, dadas sus características de especial vulnerabilidad y su particular conexidad en ese evento con los derechos a la vida y a la dignidad humana<sup>12</sup>.

“Es tarea del juez constitucional analizar las particularidades del caso concreto para determinar si en efecto la violación de los derechos a la salud o a la seguridad social conlleva un desconocimiento del derecho a la vida (art. 11 C.P.) o a otro derecho de rango fundamental<sup>13</sup> y las circunstancias en que se encuentra el peticionario, entendiendo la vida no sólo como la mera existencia biológica sino íntimamente relacionada con la dignidad de la persona, es decir, el derecho que tiene el ser humano a tener una vida digna<sup>14</sup>.”<sup>15</sup>

En consecuencia, cuando las condiciones de salud de una persona de la tercera edad comprometen cada vez más sus condiciones de vida digna, e incluso ponen en peligro su propia existencia, es evidente que esa persona tiene todo el derecho de reclamar la protección oportuna y eficaz de su derecho a la salud, sin que para ello deba demostrar nada más que la clara vulneración de tal derecho, por ser éste un derecho fundamental per se. Así dijo la Corte:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

“La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran.

“Bajo este supuesto, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para lograr la eficacia de la atención en salud de dichas personas, pues, como ha explicado la Corte, el derecho a la salud es fundamental respecto de ‘menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración’<sup>16</sup>.

“Al respecto en la Sentencia T-1081 del 11 de octubre de 2001, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte sostuvo:

‘El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

‘Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior’.”<sup>17</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).<sup>18</sup>

## 1. Continuidad y oportunidad en la prestación de los servicios médicos de salud.

El artículo 48 de la Constitución Política señala que la seguridad social es un servicio público

de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

De esta manera, entendido que la seguridad social es un servicio público, éste habrá de prestarse de manera continua, ininterrumpida, constante y permanente, respecto de todas las personas usuarias del sistema de salud. Así, la prestación de servicios médicos que ya se hubieren iniciado deberán ser continuos en su prestación, indistintamente que la atención sea asumida directamente por la entidad prestadora de Salud a la cual se encuentre afiliada la persona o que dicha atención médica se preste a través de terceros, con los cuales aquélla haya contratado. Por ello, no resulta aceptable en manera alguna las alteraciones en la prestación y atención médica querida por las personas, con mayor razón cuando la misma sea consecuencia de la negligencia administrativa o financiera de la entidad obligada a prestar la atención a ella solicitada. Solo será justificable la interrupción de una atención médica cuando exista una causa de ley.

De la misma manera, la Corte ha advertido que las excusas de orden presupuestal, económico o financiero que pretendan ser empleadas como justificaciones válidas para suspender, interrumpir o negar la prestación en salud reclamada por algún usuario, resulta a todas luces inaceptables.

“...la prolongación en el tiempo del padecimiento que tiene la accionante y del estado de anormalidad que puede verificarse o atenderse con la práctica del examen ordenado vulnera el derecho constitucional fundamental a la vida en condiciones de dignidad además de carecer de justificación a partir de argumentos presupuestales.”<sup>20</sup>

Ahora, también podrán haber razones de orden médico que justifiquen la necesidad de retrasar la prestación del servicio de salud. <sup>21</sup>

“...esta Sala encuentra pertinente señalar, que en reiterada jurisprudencia proferida por esta Corporación se ha dispuesto que no serán los usuarios del servicio de salud quienes deban asumir las consecuencias negativas, fruto de la negligencia o de los problemas administrativos o de los dilatados trámites burocráticos de las entidades encargadas de prestar o administrar servicios médicos, y mucho menos, que estos servicios pueden dilatarse en su prestación cuando por su tardanza injustificada se comprometa no solo la salud de la persona sino que se ponga en inminente peligro su propia existencia, motivo por el cual no existe excusa válida.

En efecto, la institución prestadora de los servicios de salud a la cual se encuentra afiliada la persona, no solo debe estar dispuesta a prestar de manera eficiente y pronta los servicios médicos a ella exigidos, sino que deberá igualmente ser eficiente en los trámites administrativos que se han desarrollado para adelantar organizadamente la prestación de los mismos, pues éstos por regla general, son los que más demoran la prestación efectiva de la atención médica requerida por sus afiliados.”<sup>22</sup>(Negrilla y subraya fuera del texto original).

De esta manera, solo circunstancias legalmente previstas, y razones de orden médico podrán ser tenidas en cuenta como las únicas circunstancias válidas o aceptables para que una atención en salud se retrase en su prestación.

### 1. Caso concreto.

La señora Nelly María Gómez Gomero, mujer de setenta y seis (76) años, quien labora como modista y quien vive sola, reclamó del Seguro Social la atención en salud, en razón a una grave afección en su cadera, lo que llevó a que los médicos especialistas ordenaran una intervención quirúrgica para el reemplazo total de la cadera derecha. Señala la accionante que la afección en su cadera, le genera un fuerte dolor, restringiendo drásticamente su movilidad en la medida en que el malestar se acrecienta cuando se encuentra de pie o trata de caminar.

Si bien la accionante contó inicialmente con atención médica con especialistas, así como la realización de exámenes médicos, e incluso la expedición de una orden de hospitalización, la referida cirugía no le ha sido practicada por parte de la E.P.S. del Seguro Social.

No obstante, luego de dictada la sentencia de tutela que decidió amparar los derechos de la accionante, por parte del Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en la que se ordenó al Seguro Social adelantar las gestiones encaminadas a la realización de la cirugía requerida por la accionante, “si así lo consideran pertinente los médicos tratantes”, la referida cirugía aún no le ha sido practicada a la accionante, situación que como se anotó desde un principio fue corroborada telefónicamente con la accionante el pasado 26 de julio.

Expuestos de esta manera los hechos que motivaron a la accionante a iniciar esta acción de

tutela en contra del Seguro Social, es claro para la Sala de Revisión, los siguientes aspectos:

i). La accionante es persona de la tercera edad respecto de quien el derecho a la salud tiene la connotación de un derecho fundamental per se.

ii) La intervención quirúrgica prescrita hace parte de las prestaciones incluidas en el P. O. S.

iii) Las dolencias que aquejan a la accionante y que se resumen en un fuerte dolor en su cadera, que le impide o restringe su movilidad, debió ser objeto de atención oportuna por parte del Seguro Social, con el fin primordial de garantizar el derecho a la salud, pero también para garantizar su derecho a la vida en condiciones dignas.

iv) Que al parecer el Seguro Social, justifica la no atención médica reclamada y ordenada judicialmente, en la falta de recursos económicos para atender directamente a la accionante o para prestar dicha atención médica a través de otra entidad prestadora de servicios de salud con la cual tenga contrato para ello, circunstancia que se deduce del contenido del escrito allegado a esta Corporación y suscrito por la misma accionante.

v) Finalmente, se observa que si bien la decisión judicial dictada en primera instancia en esta acción de tutela amparó los derechos de la accionante, la decisión judicial no fue muy concreta en relación con la orden de realizar la mencionada cirugía, en tanto indicó en su parte resolutive que la intervención quirúrgica se cumpliría “si así lo consideraban pertinente los médicos tratantes”, elemento de incertidumbre que en ningún momento había sido planteado por la accionante y que tampoco fue alegado por la propia E.P.S. del Seguro Social.

Al respecto cabe anotar que la E.P.S. accionada al dar respuesta a esta acción de tutela, jamás se pronunció en relación con dictamen o diagnóstico médico relativo a la necesidad de practicar una cirugía de trasplante de cadera a la Sra. Gómez Gamero, y limitó su respuesta a exigir de la accionante la entrega de alguna documentación previa a la realización de dicha intervención.

Por las razones antes expuestas se concluye que la intervención denegada puede ser exigida por medio de la acción de tutela porque concurren distintos de los criterios señalados en el acápite primero de la presente decisión para la protección del derecho a la salud por medio

del mecanismo constitucional, pues no sólo de un sujeto de especial protección constitucional, sino que también la prestación requerida hace parte del P. O. S . y adicionalmente la dilación en la realización de la intervención quirúrgica requerida por la accionante, vulnera de manera flagrante sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Ahora, si bien es cierto a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, el ordenamiento jurídico colombiano otorga facultad jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para fallar controversias relativas a “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”<sup>23</sup>, en este caso en particular a la peticionaria no le es exigible haber hecho uso de este mecanismo, por cuanto el mismo no había sido reglamentado para el momento de la interposición de la acción de tutela, el veintinueve (29) de enero de dos mil siete (2007). En efecto, la función jurisdiccional otorgada a la Superintendencia de Salud, sólo fue reglamentada el 30 de marzo del presente año, mediante Decreto 1018 de 2007, el cual creó la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación<sup>24</sup>, como ente encargado de definir las controversias surgidas de la negativa por parte de las EPS a suministrar los procedimientos, actividades e intervenciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, entre otros asuntos.

De esta manera, la acción de tutela de la referencia no deviene improcedente ante la ausencia de agotamiento del mecanismo consagrado en la Ley 1122 de 2007 y reglamentado por el Decreto 1018 del mismo año, pues como fue establecido, el mismo sólo se implementó con la expedición de dicho Decreto el 30 de marzo de 2007, encontrándose la demandante en imposibilidad de emplearlo.

Se tiene entonces que la afección padecida por la accionante le causa un fuerte dolor, restringe su movimiento y perturba no sólo su normal desempeño en las labores más simples y cotidianas, sino que también impide su normal desempeño como modista, con lo cual su capacidad laboral se reduce y consecuentemente sus ingresos económicos también se afectan. A esto se aúna que es una mujer de la tercera edad que vive sola y por lo tanto no cuenta con nadie que le colabore en sus labores más elementales, razón por la cual las limitadas condiciones físicas en que se encuentra actualmente, la hace una persona aún más

vulnerable, afectando su autoestima y deteriorando en consecuencia sus condiciones de vida.

Por otra parte, es claro que para el mes de junio de 2005, a la accionante ya se le había diagnosticado su problema de la cadera, y por lo mismo era candidata a la cirugía de trasplante total de cadera derecha. Por esta razón, se le habían expedido órdenes para la realización de los respectivos exámenes de laboratorio, e incluso se le había entregado la correspondiente orden de hospitalización. Así, vistos todos estos trámites y documentos probatorios que aportó la accionante, ello permite inferir que el médico o los médicos que la venían tratando, ya habían tomado la decisión de intervenirla quirúrgicamente, razón por la cual, cualquier indecisión médica o científica ya había sido descartada en su momento, quedando pendiente solamente el agotamiento de algunos trámites burocráticos para la efectiva realización de la cirugía recomendada.

De esta manera, la única consideración que estaba pendiente por resolver y que de alguna manera quiso poner de presente la E.P.S. accionada al dar contestación a esta acción de tutela, era la de que la accionante debía entregar unos documentos y constancias, para agotar trámites administrativos, entre los cuales se debía anexar fotocopia de la sentencia de tutela o del auto admisorio de la misma, si dicho trámite se hubiere hecho. Resulta evidente a todas luces que el procedimiento médico ya estaba aprobado, y que la cirugía debía realizarse sin mayor demora.

No obstante, la E.P.S., no solo incumplió con su obligación de dar atención médica oportuna a la accionante, sino que además no ha acatado la orden judicial impartida por el juez de primera instancia.

Por ello, y para garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de la accionante, esta Sala de Revisión de tutelas, confirmará parcialmente la decisión impartida por el juez Once Laboral del Circuito de Cali, en cuanto tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, de la señora Nelly María Gómez Gamero.

Sin embargo, se modificará la decisión judicial impartida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, ordenando en su lugar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, la E.P.S. del Seguro Social, inicie y adelante y agote todas las gestiones y trámites tendientes a que la

intervención quirúrgica de cambio total de cadera derecha requerida por la señora Nelly María Gómez Gomero, le sea practicada, en un plazo máximo de quince (15) días.

Para ello, y de conformidad con las consideraciones de esta providencia, es necesario que la E.P.S. del ISS, agilice los trámites, administrativos, financieros y médico científicos pendientes, que aseguren que el procedimiento médico a practicársele a la accionante sea llevado a buen término en el plazo estipulado en esta providencia.

### III. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 12 de febrero de 2007 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, respecto del amparo concedido en la tutela promovida por la señora Nelly María Gómez Gamero contra la E.P.S. del Seguro Social ISS, en el sentido de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Segundo. MODIFICAR la decisión judicial impartida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali. En su lugar, ORDENAR a la E.P.S. del Seguro Social, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, inicie y adelante todas las gestiones y trámites tendientes a que la intervención quirúrgica de cambio total de cadera derecha requerida por la señora Nelly María Gómez Gamero, le sea practicada, en un plazo máximo de quince (15) días.

Para ello, y de conformidad con las consideraciones de esta providencia, es necesario que la E.P.S. del ISS, agilice todos los trámites, administrativos, financieros y médico científicos, que aseguren que el procedimiento médico que se le deba practicar a la accionante sea llevado a buen término en el plazo estipulado en esta providencia.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 Sentencia T-859 de 2003.

4 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de

atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

5 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

6 Sentencia SU-337 de 1999.

7 Sentencia SU-225 de 1998.

8 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

9 Sentencia T-850 de 2002. En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin

sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le impiden llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

10 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

11 Ver sentencia T-548 de 2007.

12 Ver las sentencias T-036 de 1995 y T-04 de 2002.

13 Ver sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y T-015 de 2002.

14 Ver al respecto las sentencias T-067 de 1994.

16 Sentencia T-540 de 2002

17 Sentencia T-048 de 2005

18 Sentencia T-756 de 2006.

19 Sentencia T-618 de 2000

20 Sentencia T-212 de 2002

21 Sentencia T- 635 de 2001.

22 Sentencia T-756 de 2006.

23 Ley 1122 de 2007, art. 41, lit. a).

24 El artículo 22 del Decreto 1018 de 2007 consagra las funciones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. Éstas son: "1. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, de acuerdo con la ley, a petición de parte, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos delegados por el Superintendente Nacional de Salud. El recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el

asunto objeto de debate. // 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 éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // 2. Conciliar, por delegación del Superintendente Nacional de Salud, de oficio o a petición de parte, los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre éstos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga prestará mérito ejecutivo.”