

Sentencia T-825/12

(Bogotá D.C., octubre 19)

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

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

LEY 1438/11-Reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, e instituyó un procedimiento “preferente y sumario”/CONFLICTOS RELACIONADOS CON PRESTACIONES DE SALUD EXCLUIDAS DEL PLAN DE BENEFICIOS-Entidad debe aplicar el procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 126 de la Ley 1438/11

El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con facultades propias de un juez, los conflictos relacionados con las prestaciones de salud excluidas del Plan de Beneficios, para lo cual la entidad debe aplicar el procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. En el presente caso, la acción de tutela contra Saludcoop EPS resulta improcedente, en la medida en que se logró verificar el incumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la pretensión de las accionantes y la conducta que vulnera los derechos fundamentales de sus hijos menores tienen que ver con la negativa de la entidad prestadora de servicios de suministrar algunos tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, tal como se mencionó anteriormente, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver este tipo de conflictos. 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: (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. No procede el análisis de la

demanda de tutela en contra de SaludCoop EPS, puesto que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que las tutelantes no acudieron ante la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronuncie sobre el conflicto relacionado con las prestaciones de salud excluidas del Plan Obligatorio de Salud, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas legalmente a dicha entidad, razón por la cual no se agotaron todos los mecanismos judiciales ordinarios para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores de edad. El proceso establecido por la Ley 1438 de 2011 para surtir trámite a los casos que conozca la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, razón por la cual debe acudirse a éste antes de interponer una demanda de tutela, para efectos de cumplir el requisito de subsidiariedad.

Referencia: expedientes T-3.503.422 y T-3.505.807.

Fallos de tutela objeto de revisión:

Exp. T-3.503.422: Sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del cinco (05) de enero de 2012, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Exp. T-3.505.877: Sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio del diecisiete (17) de abril de 2012 que revocó el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal del primero (1) de marzo de 2012 que amparó los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social.

Accionante: Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona.

Accionado: Saludcoop EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda del accionante:

Las señoras Erika Pardiz y Yasmith Maritza Gaona, actuando en representación de sus hijos menores, Luis Miguel Gómez y Julián Romero Gaona, basan su pretensión de amparo constitucional en los siguientes hechos y consideraciones¹:

1.1. Elementos:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: vida digna, salud y seguridad social.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la negativa de la entidad accionada de autorizar el suministro de terapias de rehabilitación integral y terapia comportamental A.B.A, que requieren sus hijos menores para tratar su diagnóstico de autismo.

1.1.3. Pretensión: se ordene a la entidad promotora de salud autorizar el suministro de terapias de rehabilitación integral, con los componentes propuestos por el médico particular y en la IPS que ellas consideran.

1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. Expediente T-3.503.422.

1.2.1.1. La señora Erika Pardiz Redondo, actuando en representación de su hijo menor, Luis Miguel Gómez Pardiz, quien se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo a través de Saludcoop EPS, en calidad de beneficiario.

1.2.1.2. El menor Luis Miguel Gómez tiene 3 años² y presenta un diagnóstico de autismo³.

1.2.1.3. De acuerdo con el cuadro clínico descrito, el 17 de noviembre de 2011, el médico

especialista en neurología, determinó que el menor requiere un tratamiento de rehabilitación integral, además de terapias suministradas a través del programa de terapias A.B.A4.

1.2.1.4. Afirma la accionante que encontró un centro llamado “Fundación Cambiando Vidas”, que cuenta con la infraestructura para prestar el servicio médico que necesita su hijo.

1.2.1.5. La señora Erika Pardiz señaló que su hijo necesita dichas terapias y que su familia no cuenta con los recursos económicos para sufragarlos, razón por la cual interpuso acción de tutela contra Saludcoop EPS para que garantice los tratamientos y terapias que necesita su hijo menor.

1.2.2. Expediente T-3.505.877.

1.2.2.1. La señora Yasmith Maritza Gaona, actuando en representación de su hijo menor, Julián Romero Gaona, quien se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, a través de Saludcoop EPS.

1.2.2.2. El menor Julián Romero, de 11 años de edad⁵, padece autismo y retardo mental⁶, sostiene la accionante que en razón de lo anterior, el médico tratante le recomendó las terapias de rehabilitación integral y terapia comportamental A.B.A⁷, para tratar la patología que padece y mejorar su calidad de vida.

1.2.2.3. En virtud de lo anterior, la señora Yasmith Gaona solicitó a Saludcoop EPS el suministró del tratamiento prescrito⁸, quien a través del Comité Técnico Científico y de manera verbal decidió negar las terapias integrales por haber sido prescritas por un médico no adscrito a la entidad accionada.

1.2.2.4. Afirma la tutelante que ante la negativa de la entidad accionada de suministrar los servicios de rehabilitación a su hijo Julián Romero, asumió con su propio peculio la valoración en el “Centro de Rehabilitación y Habilidad Infantil Ebenezer Ltda.”, que según la señora Gaona es la “única institución especializada en la ciudad de Villavicencio que reúne las condiciones necesarias y suficientes para garantizar una buena prestación del servicio que permitan la recuperación o una posible rehabilitación del menor conforme al criterio del médico fisiatra tratante”.

1.2.2.5. Sin embargo, señaló que Saludcoop EPS sólo ofrece como parte de su red de

prestadores de servicios de salud, la institución “Destrezas y Rehabilitar Semi”, según la accionante, dicha IPS no cuenta con la infraestructura, jornadas, ni tipo de terapias que requiere su hijo.

1.2.2.6. Por último, sostiene la señora Gaona que no tiene recursos económicos para sufragar las terapias prescritas por el médico tratante a su hijo menor de edad.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Expediente T-3.503.422.

Vencido el término concedido por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla para que la entidad Saludcoop EPS se pronunciara sobre los hechos expuestos en la demanda de tutela, la entidad no se pronunció al respecto.

2.2. Expediente T-3.505.877.

2.2.2. Saludcoop EPS9.

Solicitó que se declarara improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, pues, en primer lugar, la entidad accionada no ha negado ningún tipo de servicio médico al menor, sino que la señora Gaona no acudió a la red de prestadores de servicios, ni a los médicos tratantes adscritos a la EPS, razón por la cual autorizó una cita con el médico especialista en fisiatría para que el 24 de febrero de 2012¹⁰ valorara al menor y pudiera evaluar la pertinencia médica de los servicios solicitados. En segundo lugar, consideró que como los servicios no fueron ordenados por un médico adscrito a la EPS ni en una red de prestadores que tenga contrato con la entidad accionada, dichas decisiones no vinculan a Saludcoop EPS.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión:

3.1. Expediente T-3.503.422. Decisión única: Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento¹¹.

Decidió no tutelar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida invocados por la señora Erika Pardiz en representación de su hijo Luis Miguel Gómez, al considerar que

las terapias requeridas por el menor se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud. Además, estimó que en el caso concreto, no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las disposiciones del POS. Lo anterior, por cuanto en el asunto bajo estudio, la orden médica que prescribió los tratamientos requeridos por el menor fue expedida por un médico no adscrito a Saludcoop EPS, quien tampoco es el médico tratante del hijo de la accionante. Además señaló que la institución prestadora de servicios donde pretende la tutelante que se suministre el tratamiento prescrito “debió ser escogido por su medico especialista tratante adscrito a la EPS, quien es el competente para valorar la pertinencia del tratamiento que necesita el menor.” Consideró que tampoco se encuentra acreditada la amenaza a la vida o integridad física del paciente, ni que la accionante haya adelantado los trámites necesarios ante la EPS para exigir el servicio médico prescrito.

3.2. Expediente T-3.505.877. Decisión de Primera Instancia: Juzgado Octavo Civil Municipal de Villavicencio¹².

Concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social del menor Julián Romero Gaona, por la cual ordenó a Saludcoop EPS autorizar el tratamiento de rehabilitación integral especializado en el centro de rehabilitación y habilitación infantil EBENEZER Ltda. Consideró que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la EPS tiene la obligación de otorgar el tratamiento prescrito por un médico externo cuando la EPS no controvierte el diagnóstico de manera científica, “mediante el sometimiento del concepto del médico externo ante el CTC o médico de la institución”. Sostuvo que la EPS conoció, el 2 de junio de 2011, la orden del médico particular y sólo con base en ésta autorizó la cita con un médico fisiatra adscrito a la entidad, pero no entró a controvertir los motivos científicos por los cuales el tratamiento no era idóneo para el paciente. En segundo lugar, estimó que aun cuando el servicio médico requerido está excluido del POS, la omisión de los mismos amenaza el derecho a la salud y la vida digna del menor. Además, la accionante afirma carecer de recursos económicos-negación indefinida exenta de prueba de acuerdo con el artículo 177 C.P.C-, razón por la cual se cumplen, en el caso concreto, los presupuestos jurisprudenciales para suministrar los tratamientos No POS.

3.2.2 Impugnación¹³.

El Gerente Regional de Saludcoop EPS impugnó la decisión del a quo, reiterando los

argumentos expuestos en la contestación a la acción de tutela.

3.2.3 Decisión de Segunda Instancia: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio¹⁴.

Revocó el fallo del a quo, negando la protección constitucional de los derechos a la salud, vida digna y seguridad social, al estimar que no hay pruebas que justifiquen la necesidad de los insumos y procedimientos excluidos del POS que solicita la accionante. Además, consideró que no se puede establecer la necesidad de los servicios reclamados por los familiares del menor, después de que la entidad accionada asignó una cita con un médico adscrito, quien podría evaluar la pertinencia médica del tratamiento prescrito de acuerdo a la patología que tiene el menor y la cual no asistieron.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 3615.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. En las dos demandas de tutela, se alega la vulneración del derecho a la salud, vida digna y seguridad social.

2.2. Legitimación activa. Las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona interpusieron la acción de tutela en nombre de sus hijos Luis Miguel Gómez Pardiz y Luis Andrés Romero Gaona respectivamente¹⁶, menores de edad que padecen patologías relacionadas con su capacidad mental y social. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, “(...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional¹⁷ ha reconocido que se pueden agenciar derechos ajenos, siempre y cuando quien actúe en nombre de otro: (i) exprese que está obrando en dicha calidad, (ii) demuestre que el agenciado se encuentra en imposibilidad

física o mental de ejercer su propia defensa, condición que puede ser acreditada de manera tácita o expresa. En el caso concreto, las accionantes manifestaron actuar en representación de los intereses de sus hijos menores de edad, quienes están imposibilitados para ejercer su propia defensa, razón por la cual las señoras Erika Pardiz y Yasmith Gaona se encuentran legitimadas por activa.

2.3. Legitimación pasiva. La entidad promotora de salud Saludcoop, es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que están afiliadas las señoras Erika Pardiz y Yasmith Gaona y sus hijos menores¹⁸. Por lo tanto, es demandable en el proceso de tutela (CP, art. 86; D. 2591/91, art. 42).

2.4. Inmediatez. En la demanda de tutela interpuesta por la señora Erika Pardiz (Expediente T-3.503.422), veintiocho días después de que se expidiera la orden del médico tratante en la cual prescribió el servicio médico que se requiere¹⁹ y es el motivo por el cual se presentó la demanda de tutela. Por lo tanto, se trata de término razonable para el ejercicio de la acción²⁰.

Por su parte, la demanda de tutela presentada por Yasmith Maritza Gaona en representación de su hijo Julián Romero (Expediente T-3.505.877) fue presentada siete meses y trece días después de la prescripción médica que recomienda la realización de las terapias de rehabilitación integral²¹. La jurisprudencia constitucional ha establecido maneras de establecer la razonabilidad del tiempo comprendido entre el momento que se amenazaron o vulneraron los derechos fundamentales y el momento en que se interpuso la acción de tutela. Así, ésta debe ser evaluada en cada caso en concreto y determinar: “(i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado.”²² De la misma manera, se ha dispuesto que los casos en los cuales no es exigible el requisito de inmediatez son: (i) frente a la vulneración efectiva y continuada de derechos fundamentales²³, (ii) cuando existen motivos válidos para la inactividad del accionante²⁴, (iii) la condición de sujeto de especial protección constitucional, pues en este caso es desproporcionado adjudicarles la carga de acudir al juez, cuando se encuentran en un estado de indefensión, incapacidad física, ser menor de edad, entre otras circunstancias²⁵. En el caso concreto, la tardanza en la interposición de la acción de tutela

se puede justificar, si se tiene en cuenta que se trata de un niño con graves deficiencias físicas y de invalidez cuya madre afirma no tener recursos económicos para sufragar los tratamientos que el menor necesita para mejorar su calidad de vida.

2.5. Subsidiaridad. La Corte concluirá que se incumple el requisito de subsidiaridad de la tutela en este caso, debido a que las accionantes disponen de un mecanismo idóneo de defensa y protección de los derechos invocados que o ha sido utilizado: el previsto en la Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en el artículo 126 modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Sobre este punto, determinante de la presente decisión, se procederá a un análisis detenido.

3. La subsidiaridad del proceso de tutela y el proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud como medio jurisdiccional de protección del derecho a la salud.

3.1. La subsidiaridad del proceso de tutela.

3.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales cuando éstos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Además establece que ésta procede en los casos en que el afectado no cuente con otro medio judicial ordinario para la defensa de sus intereses, o cuando se interponga como mecanismo transitorio para efectos de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

3.1.2. A su vez, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece como causal de improcedencia de la demanda de tutela, la existencia de otros recursos o mecanismos judiciales para solicitar la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

3.2. Las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

3.2.1. La Ley 1122 de 2007, en el artículo 41, le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver ciertas controversias entre entidades promotoras de salud y sus afiliados. Lo anterior, bajo la autorización que confiere el artículo 116 de la Constitución Política, que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (...)”. Del

mismo modo, el numeral 2º del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 señala que ejercen función jurisdiccional, “las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes.”

Tal artículo 41 -Ley 1122 de 2007- le confirió competencia a la Superintendencia para resolver controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones de salud contenidas en el plan obligatorio, cuando dicha negativa amenace la salud del afiliado; (ii) el reconocimiento de gastos económicos en los que haya incurrido el usuario por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS en instituciones -IPS- con las que éstas no tengan contrato, o porque las entidades promotoras de salud nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multiafiliación; y (iv) conflictos relacionados con la libertad de escogencia de entidad prestadora de servicios o IPS y problemas que se susciten con el traslado dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.²⁶ En estos casos, el trámite que se debe surtir es el establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, esto es, el proceso verbal sumario²⁷.

3.2.2. La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-117 de 2008, declaró exequible el artículo 41 de la ley en comento, respecto al cargo de desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad judicial. En esta oportunidad, la Corte estableció que los funcionarios que ejerzan potestades jurisdiccionales en la Superintendencia no podrán pronunciarse sobre los casos que haya conocido previamente en ejercicio de sus funciones administrativas de inspección, vigilancia y control.

-En la sentencia C-119 de 2008, esta Corporación estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 por la violación de los artículos 228 y 229 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 29. Entre otras cosas, el demandante consideraba que la Superintendencia, al ejercer las competencias judiciales que le atribuye el artículo acusado, podría usurpar las funciones que ejercen los jueces de tutela al amparar el derecho fundamental a la salud y además se le estaría facultando para inaplicar el contenido del POS. En esta ocasión, la Corte declaró exequible el artículo 41 al estimar que la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, actuaría de forma prevalente y principal observando las normas aplicables y con las potestades propias de un juez; sin que de dicha manera se contradigan los preceptos constitucionales, señaló:

“[...] según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas’”²⁸. (Se subraya)

Igualmente, la Corte recordó que los jueces de tutela no son los únicos llamados a inaplicar por inconstitucional los preceptos normativos del Plan Obligatorio de Salud que prevean una exclusión de algún procedimiento, tratamiento o servicio médico y, en el caso concreto amenace o vulnere la vida, dignidad o salud de las personas. Lo anterior, con fundamento en lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política, todos los jueces tienen el deber de inaplicar una normatividad que, en un caso objeto de estudio, resulte contraria a la Carta.

-En la sentencia T-653 de 2008, la Sala Octava de Revisión de la Corte estudió un caso en el cual un señor que padecía de cuadraplejia y diabetes le fue recomendado la prestación de los servicios médicos de manera domiciliaria y no intrahospitalaria, razón por la cual la EPS le daba de alta para que siguieran la atención en su hogar. Sin embargo, el accionante interpuso acción de tutela pues consideraba que su estado de salud era deplorable y no se

encontraba en posibilidad de recuperarse en su hogar, pues no tenía el ambiente adecuado y digno para ello. Al analizar la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, se consideró que recientemente el legislador le había conferido funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Salud, en los casos en los cuales se pretendía la garantía de prestaciones incluidas en el POS, para adelantar, con potestades propias de un juez, las controversias entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios. Por lo tanto, se debía agotar, en principio, el mecanismo establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pero evaluando la eficacia e idoneidad de dicho procedimiento en el caso concreto, o si se acredita la configuración de un perjuicio irremediable, para que la tutela proceda como mecanismo transitorio. Así las cosas, determinó que el caso bajo estudio se podía evidenciar un perjuicio irremediable ante la urgencia de la protección que requería el accionante, en atención a las patologías que padece.

3.2.3. En la sentencia T-760 de 2008 se recopilaron las decisiones judiciales que hasta el momento habían analizado las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, así:

“Recientemente, el legislador concedió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos de los conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (Ley 1122, art. 41). Esta decisión legislativa ha sido revisada hasta el momento en dos ocasiones por la Corte Constitucional. En la primera ocasión se resolvió declarar constitucional la norma por lo cargos estudiados en la demanda, “en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”.²⁹ En la segunda ocasión, también se declaró constitucional la norma por los cargos analizados en la sentencia,³⁰ pues se consideró que adjudicar funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud no implica, en modo alguno, que la acción de tutela deje de ser un medio judicial idóneo para reclamar la protección del derecho a la salud.³¹ La Corte también advirtió que los funcionarios de la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad, al igual que cualquier otro juez de la República, por lo que no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental a una persona, so pretexto de aplicar de manera preferente normas regulatorias contrarias a la Constitución, de

rango inferior, bien sean legislativas o administrativas (decretos, resoluciones, acuerdos, etc.).32”

Sin embargo, reconoció que aunque el artículo 41 había consagrado un medio de defensa alternativo para la defensa del derecho a la salud, al otorgarle a la Superintendencia facultades jurisdiccionales, recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para defender el derecho a la salud en virtud de la complejidad este derecho, que involucra la plena garantía de su goce efectivo y está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles.

3.3. La reforma introducida por la Ley 1438 de 2011.

3.3.2. Con respecto a las competencias, estableció que la Superintendencia también podía, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conocer sobre: (i) las prestaciones de salud excluidas del Plan de Beneficios; (ii) los conflictos derivados de “las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud”; (iii) estudiar y decidir sobre “el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

3.3.3. A su vez modificó el párrafo 2º del artículo 41 que establecía el tipo de procedimiento por medio del cual se ejercerían las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia a través de un proceso “preferente y sumario”, el cual se debe llevar a cabo “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”.

De conformidad con la aludida norma, este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características: (i) se inicia a petición de parte con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con claridad, la causal que la motiva –dentro de las consagradas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007-, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre, documento de identidad, dirección, teléfono fijo, celular, y correo electrónico del solicitante; (ii) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar por intermedio de apoderado judicial; (iii) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito,

para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (iv) una relación de pruebas que se pretendan hacer valer (original o copia); (v) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (vi) dentro de los diez días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; vii) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

3.3.4. Así, se puede concluir que en los casos de conflictos relacionados con una de las causas establecidas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 que confiere potestades a la Superintendencia Nacional de Salud, se debe agotar, en principio, el mecanismo establecido en el mismo artículo. Pues tal como se expuso en los párrafos anteriores, la competencia de la Superintendencia en esta materia es de carácter principal y prevalente.

4. Conclusión de la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

4.1. Como se expuso anteriormente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con facultades propias de un juez, los conflictos relacionados con las prestaciones de salud excluidas del Plan de Beneficios³³, para lo cual la entidad debe aplicar el procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

4.2. En el presente caso, la acción de tutela instaurada por las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona contra Saludcoop EPS resulta improcedente, en la medida en que se logró verificar el incumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la pretensión de las accionantes y la conducta que vulnera los derechos fundamentales de sus hijos menores tienen que ver con la negativa de la entidad prestadora de servicios de suministrar algunos tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, tal como se mencionó anteriormente, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver este tipo de conflictos.

4.3. 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.

4.4. Por otro lado, la Sala observa que en el caso concreto, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente: (i) no se puede constatar que las accionantes hayan solicitado a la entidad prestadora de salud demanda, la prestación del tratamiento integral prescrito por el médico tratante; (ii) tampoco hay certeza de sí los médicos neuropediatras, Dr. Jesús Eduardo Aguirre (Exp. T-3.503.422) y Dr. José Fernando Guerrero (Exp. T-3.505.877), quienes prescribieron el tratamiento integral, sean los médicos tratantes de los menores y sean médicos adscritos a Saludcoop EPS34; (iii) se pudo constatar que las IPS donde solicitan las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona que se suministre el tratamiento integral, no hacen parte de la red de instituciones prestadoras de servicios de Saludcoop EPS35, (iv) no se probó que las tutelantes no cuenten con recursos económicos para sufragar por sí mismas las terapias prescritas, más aún si se tiene en cuenta que en los dos casos las peticionarias acudieron de forma particular a médicos fisiatras para que recomendaran algún tipo de tratamiento para la patología que padecen los menores. Así, tampoco se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio; por el contrario, los anteriores elementos probatorios descritos permiten comprobar que no se existe una afectación inminente, grave y urgente a los derechos fundamentales de los menores de edad.

4.5. En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del cinco (05) de enero de 2012, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados (Exp. T-3.503.422) y la providencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio del diecisiete (17) de abril de 2012 que revocó el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal del primero (1) de marzo de 2012 que amparó los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social (Exp. T-3.505.807).

4.6. Adicionalmente, se compulsarán copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que avoque el conocimiento inmediato del asunto tratado en los expedientes de referencia, y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011. Además, se ordenará a la Superintendencia Nacional de

Salud que reitere a las Entidades Promotoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la existencia de este mecanismo jurisdiccional con la finalidad que éstas informen y den a conocer a sus afiliados los mecanismos eficaces que existen para el resguardo de sus derechos fundamentales³⁶. Y, finalmente, se solicitará de la Superintendencia un informe sobre la manera como se está protegiendo el derecho a la salud de los usuarios del sistema, en desarrollo de las competencias jurisdiccionales citadas, para efectos de establecer su eficacia como medio jurisdiccional de defensa del ciudadano.

5. Razón de la decisión.

5.1. Conclusión del caso.

No procede el análisis de la demanda de tutela presentada por las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona en contra de SaludCoop EPS, puesto que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que las tutelantes no acudieron ante la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronuncie sobre el conflicto relacionado con las prestaciones de salud excluidas del Plan Obligatorio de Salud, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas legalmente a dicha entidad, razón por la cual no se agotaron todos los mecanismos judiciales ordinarios para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores de edad.

5.2. Regla de decisión.

El proceso establecido por la Ley 1438 de 2011 para surtir trámite a los casos que conozca la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, razón por la cual debe acudirse a éste antes de interponer una demanda de tutela, para efectos de cumplir el requisito de subsidiariedad.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del cinco (05) de enero de 2012, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Erika Pardiz Redondo, en representación de su hijo Luis Miguel Gómez contra Saludcoop EPS (Exp. T-3.503.422), y la providencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio del diecisiete (17) de abril de 2012 que revocó el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal del primero (1) de marzo de 2012 que amparó los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social dentro de la demanda de tutela interpuesta por la señora Yasmith Maritza Gaona, actuando en representación de su hijo Julián Romero Gaona contra Saludcoop EPS (Exp. T-3.505.807).

TERCERO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que reitere a las Entidades Promotoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la existencia de este mecanismo jurisdiccional con la finalidad que éstas informen y den a conocer a sus afiliados los mecanismos eficaces que existen para el resguardo de sus derechos fundamentales.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia presentar un informe sobre el modo en que viene ejerciendo la competencia atribuida por el Legislador a través de la Ley 1438 de 2011.

QUINTO.- Líbrese por la Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Expediente T-3.503.422: Acción de tutela presentada el quince (15) de diciembre de 2011.
Expediente T-3.505.807: Acción de tutela presentada el diez (10) de enero de 2012.

2 Según consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento, el menor Luis Miguel Gómez Pardiz nació el 31 de enero de 2009. (Folio 5 del Cuaderno No. 1).

3 Folio 8 y 25- 27 del Cuaderno No. 1.

4 El médico Dr. Jesús Eduardo Ruiz, de la IPS Salud Comedicosta prescribió las terapias de rehabilitación integral y las terapias ABA. (Folio 6 a 8 del Cuaderno No. 1, Expediente T-3.503.422).

5 Según consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento, el niño Julián Andrés Romero Gaona nació el 15 de septiembre de 2001. (Folio 20 del cuaderno No. 2 Expediente T-3.505.877)

6 Según consta en la copia del resumen de la historia clínica. (Folio 22 del cuaderno No. 2 Expediente T-3.505.807)

7 El médico señaló: “plan ingreso a institución con diversidad de terapias”. (Folio 21 del cuaderno No. 2 Expediente T-3.505.807.)

8 Folio 23 del cuaderno No. 2 Expediente T-3.505.877.

9 Folios 30 al 46 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.505.877.

10 Folio 67 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.505.807.

11 Sentencia proferida el cinco (5) de enero de 2012. (Folios 41 al 47 del Cuaderno No. 1. Expediente T-3.503.422).

12 Sentencia proferida el primero (1) de marzo de 2012. (Folios 47 al 58 del Cuaderno No. 2 del Expediente T-3.505.807).

13 Folios 71 al 87.

14 Sentencia proferida el diecisiete (17) de abril de 2012. (Folios 91 al 102).

16 Según consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento, la señora Erika Pardiz Redondo es la madre del menor Luis Miguel Gómez Pardiz (Folio 5 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.503.422). Igualmente, se demostró el vínculo de consaguinidad que existe entre Yasmith Maritza Gaona y Luis Andrés Romero Gaona (Folio 20 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.505.877).

17 Entre otras, sentencias: T-625 de 2009, T-197 de 2009, T-411 de 2006, T-630 de 2005, T-843 de 2005, T-1007 de 2001.

18 De conformidad con lo afirmado por la accionante en el escrito de tutela. (Folios 1 a 4 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.503.422). Y tal como consta en el carné de afiliación de la agenciada, cuyo hijo menor de edad es su beneficiario. (Folio 25 Cuaderno No 2. Expediente T-3.505.877) De conformidad con lo afirmado por el accionante en el escrito de tutela y la respuesta suministrada por la entidad accionada. (Folios 1 al 8 y 34 al 39 respectivamente).

19 La prescripción médica del fisiatra tratante es del 17 de noviembre de 2011, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 15 de diciembre de 2011. (Folios 7 y 15, respectivamente del Cuaderno No. 2. Expediente T-3.503.422).

20 De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación

de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su 'inmediatez'. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

21 La prescripción médica del médico fisiatra Dr. José Fernando Guerrero Acosta, es del 2 de junio de 2011 y la acción de tutela fue interpuesta el 15 de febrero de 2012. (Folios 22 y 27, respectivamente, del Cuaderno No 2. Expediente T-3.505.877)

22 Sentencia SU-961 de 1999.

23 Ver entre otras, sentencias: T-808 de 2007, T-129 de 2008, T-509 de 2010, T-502 de 2011, T-584 de 2011.

24 Sentencia T-1023 de 2007.

25 Ver, entre otras, sentencias T-158 de 2006 y T-792 de 2007

26 Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

27 El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 establece: “El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.”

28 Sentencia C-119 de 2008.

29 Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2008. En este caso se decidió seguir la jurisprudencia constitucional acerca de ‘las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales’, a

saber, “(i) las materias específicas deben estar precisadas en la ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios.” En casos similares, la Corte Constitucional, para asegurar la diferenciación estructural y funcional, ha condicionado la exequibilidad de varias disposiciones acusadas [sentencias C-649 de 2001 y C-1071 de 2002.

30 Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008; en este caso se resolvió declarar exequible el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con relación al cargo presentado por la demanda, según el cual “cuando la Superintendencia ejerza las funciones judiciales que le han sido otorgadas a para definir en ciertos casos la cobertura del plan obligatorio de salud (cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario), esta entidad incurrirá en una violación del debido proceso (C.P art. 29), porque sólo los jueces de tutela tienen la competencia para amparar el derecho a la salud inaplicando normatividad de rango legal o reglamentario.”

31 La Corte Constitucional dijo al respecto: “(...) 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’(art. 41, Ley 1122 de 2007), en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en

abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.’(T-067 de 1998)” Sentencia C-119 de 2008.

32 La Corte indicó al respecto: “De otro lado, el cargo que se analiza parte también de otro supuesto errado al considerar que sólo el juez de tutela puede inaplicar por inconstitucional la normatividad que consagra los procedimientos, tratamientos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, cuando dichas normas consagran exclusiones que en el caso concreto pongan en riesgo la vida o la dignidad de las personas. Ciertamente, esta inaplicación es una forma de ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que no es una posibilidad reservada a los jueces constitucionales sino que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política, debe ejercerse por todos los jueces que, al estar llamados a aplicar una disposición jurídica en un caso concreto, encuentren que ésta resulta incompatible con la Constitución. En efecto, el artículo 4° superior indica con toda claridad que ‘(e)n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. (Destaca la Corte). || Así las cosas, cuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud encuentre que la aplicación de las normas que definen la cobertura del POS o del POSS, en el caso concreto conlleva la vulneración de derechos fundamentales como el de la salud en conexión con la vida o con la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad.” Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008.

33 Esto en atención a la adición realizada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, agregando el Numeral e), el cual contempla: “Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo.”

34 De acuerdo con lo manifestado por la señora Erika Pardiz: “nuestro niño comenzó a padecer de AUTISMO, diagnostico que inicialmente dio el Dr. Haroldo Martínez, psiquiatra, y más tarde buscamos un concepto con el Dr. Jesús Ruiz, y nos confirmó el primer concepto sin embargo buscamos un tercer concepto con un neurólogo psicólogo (sic) (...), teniendo todos estos conceptos y además la orientación de los dos últimos profesionales de la salud en donde mi menor hijo debe comenzar un tratamiento de rehabilitación integral a través de la

neuro ciencia (...)".

35 En el escrito de la acción de tutela, la señora Erika Pardiz afirma: "(...) tome la decisión de instigar qué centro suministran (sic) este tipo de terapias y encontré algunos pero de los tres que visite encontré la Fundación Cambiando Vidas, que tiene la infraestructura como la que se recomienda (...)". (Folios 1 y 2 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.503.422). Por su parte, en respuesta a la acción de tutela en la acción interpuesta por Yasmith Maritza Gaona contra Saludcoop EPS, ésta entidad señaló que los servicios no fueron ordenados por un médico adscrito a la EPS ni en una red de prestadores que tenga contrato con la entidad accionada. (Folios 30 al 46 del cuaderno No. 2. Expediente T-3.505.877).

36 No se procede a vincular a la Superintendencia Nacional de Salud en el presente asunto, puesto que las ordenes aquí dadas se encuentran comprendidas dentro de su ámbito funcional y no son más que el desarrollo de los objetivos que le corresponden por ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007.