

Sentencia T-916/12

(Bogotá, D.C., Noviembre 7)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Procedencia del amparo por vía de tutela

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud

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

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Parámetro de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Improcedencia por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Orden de reiterar a las EPS la existencia de este mecanismo jurisdiccional de protección de sus derechos a la salud, con el fin de que éstas lo den a conocer a sus usuarios

Referencia: expediente T- 3.534.077.

Fallo de tutela objeto revisión: Única instancia: Sentencia del veinte (20) de abril de dos mil doce (2012) del Juzgado Primero (1º) Promiscuo Municipal de Sahagún, Córdoba.

Accionante: Jairo Antonio Paternina Montalvo.

Accionado: Comparta EPS-S.

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

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela<sup>1</sup>.

1. Derechos fundamentales invocados: vida, salud, integridad personal y dignidad humana.

1. Conducta que causa la vulneración: la negativa por parte Comparta EPS-S de autorizar el procedimiento quirúrgico de Liberación de simblefaron y la colocación de una prótesis ocular, debido a que estos no se encuentran incluidos en el POS-S.

1. Pretensión: ordenar a Comparta EPS-S autorizar el procedimiento quirúrgico y la colocación de una prótesis ocular.

1. Fundamento de la pretensión:

1. El accionante expuso en la demanda de tutela que a los 3 años de edad le fue extraído su ojo izquierdo debido a que le fue hallado un tumor maligno en la parte superior del mismo.

1. El 24 de febrero de 2012 asistió al médico general de la E.S.E. Camu San Rafael con el fin de determinar si era posible la adaptación de una prótesis ocular, para lo cual el galeno le ordenó una valoración por oftalmología.

1. El accionante manifestó que al solicitar la cita correspondiente ante Comparta EPS-S, la entidad le manifestó que para acceder a la misma debía desplazarse hasta Montería (Córdoba) o acudir a un médico particular; eligiendo el peticionario lo segundo pues, según él, ello le resultaba menos costoso que movilizarse hasta Montería.

1. El 22 de marzo de 2012, el médico oftalmólogo particular le ordenó un procedimiento quirúrgico denominado liberación de simblefaron, puesto que sin éste no era posible adaptar la prótesis ocular que desea<sup>2</sup>.

1. Consecuentemente, el peticionario le solicitó a la EPS-S la realización de la cirugía prescrita, la cual fue negada por la entidad debido a que la misma no se encuentra incluida dentro del POS-S.

1. El accionante solicita se le ordene a la entidad accionada la realización de la cirugía prescrita por el médico tratante y la entrega de una prótesis ocular -la cual no se encuentra soportada por una prescripción médica-.

1. Respuesta de la entidad accionada<sup>3</sup>.

Comparta EPS-S respondió la demanda de tutela poniendo de presente que no se le ha negado al señor Paternita ningún procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud del régimen Subsidiado. Por otro lado manifestó que el procedimiento de liberación de simblefaron no se encuentra incluido en el POS-S y como tal la obligación de prestar el servicio recae en la Secretaría de Salud Departamental de Córdoba, de acuerdo con la normatividad vigente.

1. Decisión de tutela de primera instancia: Sentencia del veinte (20) de abril de dos mil doce (2012) del Juzgado Primero (1º) Promiscuo Municipal de Sahagún, Córdoba4.

El juez de única instancia negó el amparo a los derechos fundamentales del actor al considerar que no se encuentra probado que el actor necesite la cirugía prescrita por el médico oftalmólogo ni la entrega de la prótesis ocular solicitada, puesto que el actor ha vivido alrededor de veinte años sin ella “sin presentar ningún tipo de padecimiento físico o síquico”5.

En esta línea manifestó: “Se echa de menos esa amenaza o violación a derecho fundamental alguno que se pueda conjurar, remediar o garantizar con los procedimientos solicitados, pues insistimos, no existe prueba científica que indique que estos tiene (sic) algún carácter funcional u orgánico que permita deducir que se requieren o son necesarios e indispensables para la satisfacción o eficacia de los derechos invocados, al menos no se deduce de ese material probatorio yacente en la actuación”

## I. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-6.

### 1. Procedencia de la demanda de tutela.

1. Alegación de afectación de un derecho fundamental: Se alega la vulneración al derecho fundamental a la salud.

1. Legitimación por activa: El accionante interpuso en nombre propio la presente acción de tutela 7.

1. Legitimación por pasiva: Comparta EPS es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que está afiliado el peticionario y, como tal, es demandable en proceso de tutela (C.P., art. 86; D. 2591/91, art. 42).

1. Inmediatez: La Corte Constitucional ha insistido en varios de sus pronunciamientos sobre la importancia del presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela<sup>8</sup>. Éste dicta que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno con el fin de evitar que se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, peor aún, se convierta en un factor de inseguridad jurídica<sup>9</sup>. Este atributo ha sido considerado como una característica propia del mecanismo constitucional de protección reforzada de los derechos fundamentales.

1. La demanda de tutela fue presentada 8 días después de que le fue notificada al peticionario la negación de la autorización de la cirugía, esto es, dentro de términos razonables para el ejercicio de la acción.

1. Subsidiariedad:

1. La subsidiariedad como regla.

La Constitución Política en su artículo 86, instituyó la acción de tutela como un mecanismo judicial de aplicación urgente, de carácter subsidiario y excepcional, para reclamar la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un

particular, en determinadas circunstancias. Ésta procede en los casos en que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, o se utilice como mecanismo transitorio, tendiente a evitar un perjuicio irremediable.

#### 1. La protección del derecho por la Superintendencia de Salud.

El legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, confirió a la Superintendencia Nacional de Salud, potestades jurisdiccionales para resolver, con las facultades propias de un juez, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Esta disposición legal ha sido objeto de dos pronunciamientos de esta Corporación, dictados en sede de constitucionalidad. Mediante el primero de ellos, contenido en la sentencia C-117 de 2008, se declaró exequible el texto íntegro del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por el cargo entonces analizado, referente al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad judicial, en el entendido que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podría 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.

En el segundo de los pronunciamientos, consignado en la sentencia C-119 de 2008, la Corte examinó un cargo de inconstitucionalidad distinto, referente a la presunta vulneración del debido proceso, por la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del plan obligatorio de salud. La Corte nuevamente declaró la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 en relación con este cargo, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones que, aunque referentes a los casos en que el conflicto se refiere a la cobertura del POS, resultan aplicables a las demás controversias sujetas a la competencia de la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales:

“[...] 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'"<sup>10</sup>. (Se subraya)

La competencia en esa materia fue inicialmente circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) 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>11</sup>

1. La reforma de la Ley 1438 de 2011.

La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó

el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente mencionados<sup>12</sup> e instituyó, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “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 acuerdo con la norma, este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características: (i) se inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (ii) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (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) 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; (v) 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; (vi) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Así, se puede concluir que en los casos en que, como en el sub examine, se presente un conflicto relacionado con la negación de prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Tal como se expuso en los párrafos anteriores, la competencia de la Superintendencia en esta materia es de carácter principal y prevalente.

1. Ahora bien, es pertinente aclarar que el juez constitucional, antes de declarar la improcedencia de la acción de tutela debido a la inobservancia del principio de subsidiariedad, en relación con las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, debe tener en cuenta: (i) la eficacia que dicho procedimiento pueda

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

#### 1. Conclusión de la procedencia de la acción de tutela.

Como se expuso previamente, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, “sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”; para lo cual, la Superintendencia 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 instaurada por el señor Jairo Antonio Paternina Montalvo resulta improcedente, toda vez que no se verifica el cumplimiento del principio de subsidiariedad propio de la acción constitucional. Esto por cuanto, la pretensión del actor y la conducta que presuntamente atenta contra sus derechos fundamentales, trata sobre la negación de un prestación no contemplada dentro del POS-S que la EPS ha considerado que no es pertinente para atender las condiciones particulares del paciente y la competencia para resolver este tipo de conflictos -de acuerdo con los párrafos que preceden- yace de manera principal y prevalente en la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala considera, que el presente asunto se encuentra comprendido dentro de la competencia atribuida a la Superintendencia mediante la Ley 1122 de 2007 y que el procedimiento que introdujo la Ley 1438 de 2011 para el trámite de estas cuestiones, es lo

suficientemente eficaz y expedito para lograr la efectiva protección de los derechos del señor Paternina Montalvo dado su carácter informal, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del mismo y la agilidad que contempla<sup>13</sup>.

Asimismo, de los elementos probatorios obrantes en el expediente no se evidencia la amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio<sup>14</sup>. Por el contrario, la Sala advierte que: (i) el actor no adujo hallarse ante la inminencia de un perjuicio irremediable; (ii) el actor ha convivido con la patología que sustenta la prescripción médica del procedimiento quirúrgico<sup>15</sup> por más de 20 años, hecho que por sí sólo desvirtúa la existencia de un perjuicio irremediable; y (iii) no obra en el expediente el concepto científico de un profesional de la salud del cual se desprenda que la ausencia del procedimiento comprende un riesgo para su vida o su integridad física, o que la misma genere una repercusión profunda sobre su autoestima.

1. Razón de la decisión.

1. Conclusión del caso.

No procede el análisis de la demanda de tutela presentada por el señor Jairo Antonio Paternina Montalvo en contra de Comparta EPS, puesto que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que el accionante no ha acudido a la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronuncie sobre la negación del procedimiento de liberación de simblefaron no contemplado en el POS-S, en virtud de sus facultades jurisdiccionales legalmente conferidas. Por lo tanto, no ha agotado todos los mecanismos judiciales de defensa a su alcance para lograr la efectiva protección de sus derechos.

1. Regla de decisión.

El proceso legalmente establecido por la Ley 1438 de 2011 a cargo de la Superintendencia

de Salud, es un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud en el presente caso, razón por la cual debe intentarse antes de acudir a la demanda de tutela, para cumplir el requisito de subsidiaridad.

## I. 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 del veinte (20) de abril de dos mil doce (2012) del Juzgado Primero (1º) Promiscuo Municipal de Sahún (Córdoba), únicamente por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- ENVIAR copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que ASUMA el conocimiento inmediato del asunto tratado y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011, velando siempre por la efectiva realización del derecho fundamental a la salud, en los términos en que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación.

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 de protección de sus derechos a la salud, con el fin de que éstas lo den a conocer a sus usuarios a través de mecanismos eficaces de comunicación.

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

LUÍS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La demanda de tutela fue interpuesta por el accionante el 30 de marzo de 2012. Folio 17 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga mención en la presente providencia forman parte del cuaderno 1, salvo que se exprese lo contrario.

2 Folios 10 y 16.

3 Folios 19-21. Respuesta con fecha de 9 de abril de 2012.

4 Folios 23-26.

5 Folio 25.

6 En Auto del veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012) de la Sala de Selección de tutela No. 7 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

7 Artículo 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991.

8 Ver, entre otras, las sentencias T-495 de 2005, T-575 de 2002, T-900 de 2004, T-403 de 2005 y T-425 de 2009.

9 Cf. Sentencia T-132 de 2004

10 Sentencia C-119 de 2008.

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

12 Ley 1438 de 2011: “ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

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

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

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

13 Cf. Numeral 2.5.6.

14 A propósito del concepto de perjuicio irremediable que ha sido adoptado por esta Corporación, se ha dicho que éste consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño.

15 Anoftalmia del ojo izquierdo. Folio 6 y 10.

16 Ello encuentra su fundamento en el carácter Social de Derecho del Estado colombiano (Art. 1° C.P.), el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, específicamente los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo (Art. 2° C.P), el carácter irrenunciable del derecho de todos los habitantes a la seguridad social (Art. 48 C.P), la imperatividad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en la prestación de los servicios de salud (Arts. 48 y 49 C.P) y los objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud contemplados en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007.

17 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.