

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Sexta de Revisión

Sentencia T- 804 de 2013

Referencia: expediente T-3973976

Acción de tutela instaurada por la señora Marisol Mogollón Olarte, contra la ARL Positiva Compañía de Seguros, S. A.

Procedencia: Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar

Magistrado sustanciador: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, D. C., noviembre doce (12) de dos mil trece (2013).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, en mayo veintiuno de 2013, no recurrido, dentro de la acción de tutela incoada por Marisol Mogollón Olarte, contra la ARL Positiva Compañía de Seguros, S. A..

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el respectivo juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 7 de la Corte, en auto de julio 18 de 2013, eligió el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

La señora Marisol Mogollón Olarte, identificada con cédula de ciudadanía 63.353.056 de Bucaramanga, promovió acción de tutela en mayo 3 de 2013, contra la ARL Positiva Compañía de Seguros S. A., en adelante Positiva S. A., solicitando protección de sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna, según los hechos que a continuación son resumidos.

1873454
2013

A. Hechos y relato contenido en el expediente.

1. En septiembre 2 de 1992, la señora Marisol Mogollón Olarte de 44 años de edad, sufrió un accidente de trabajo que derivó en *“politraumatismo con secuelas T909 hipoacucia neurosensorial bilateral secundaria TCE H903 y anosmia R430”* (f. 59 cd. inicial).

2. Dicho evento fue calificado como accidente de trabajo por el grupo interdisciplinario, en razón a lo cual se expidieron por parte de la ARL más de 102 órdenes de servicios médicos en el proceso de rehabilitación de las secuelas sufridas por la actora, quien agregó que para el restablecimiento de su capacidad física fue sometida a tres procedimientos quirúrgicos en el cráneo, pero actualmente sufre de convulsiones recurrentes (id.).

3. Manifestó que la atención médica por parte de la entidad demandada ha sido deficiente, por mora en la autorización de medicamentos y exámenes, así como falta de continuidad en el tratamiento, debido al cambio de especialistas, lo que ha incrementado la frecuencia de los episodios convulsivos, generando un ostensible deterioro de las condiciones de salud y en el normal desarrollo de su vida.

4. En concepto médico de diciembre 18 de 2012, el neurólogo epileptólogo anotó que la actora fue llevada a cirugía, *“a lobectomía temporal izquierda, estuvo asintomática hasta enero de 2012 cuando amanece con mordedura de lengua, fue al médico y presenta nuevo episodio”*; como complicación de la cirugía *“se presentó fistula de líquido cefalorraquídeo posteriormente osteomielitis, no hubo fusión de cráneo la cual se diagnosticó a los 12 meses... su ánimo fluctúa, en junio requirió hospitalización por crisis epiléptica”* (f. 11 ib.).

En el dictamen en mención, el especialista tratante diagnosticó *“epilepsia focal refractaria posiblemente temporal, depresión y ansiedad secundaria, trastorno cognoscitivo (memoria) post traumática, posible fistula contenida de líquido cefalorraquídeo y cefalea secundaria”*; seguidamente ordenó una resonancia cerebral con protocolo de epilepsia en la Clínica Palermo, en Bogotá, al igual que el fármaco lacosamida y telemetría o monitorización electroencefalográfica por video y radio, por 72 horas, para ser analizada por neurólogo epileptólogo (f. 10 ib.).

5. En abril 3 de 2013, presentó derecho de petición a la entidad demandada, solicitando la realización de los exámenes médicos y la entrega de los medicamentos prescritos por el especialista. A su vez, advirtió sobre las consecuencias negativas que acarrea para su integridad física la dilación en la prestación efectiva de la atención médica que requiere con urgencia.

6. Aseveró la peticionaria que en abril 28 de 2013, Positiva S.A. le informó que *“solo autorizaría la resonancia, y aduce que van a hablar con el especialista para que reduzca la telemetría a 24 horas para ahorrarse costos”* (f. 2 ib.), ante lo cual solicitó tutelar sus derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna y, en consecuencia, ordenar a Positiva S. A. la realización a tiempo y en la condiciones requeridas de los exámenes resonancia cerebral, monitorización electroencefalográfica por video y radio durante 72 horas y la continuidad en el tratamiento que adelanta con los médicos respectivos.

B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Órdenes médicas de diciembre 18 de 2012, emitidas por el especialista en neurología – epilepsia (fs. 4 a 8 cd. inicial).
2. Concepto emitido en diciembre 18 por el neurólogo epileptólogo, sobre el cuadro clínico de la señora Marisol Mogollón Olarte (fs. 9 a 11 ib.).
3. Derecho de petición formulado por la señora Marisol Mogollón Olarte ante Positiva S.A. (fs. 12 y 13 ib.).
4. Cédula de ciudadanía de Marisol Mogollón Olarte, N° 63.353.056 de Bucaramanga (f. 14 ib.).

C. Actuación procesal y respuesta de la entidad accionada.

Mediante auto de mayo 6 de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar admitió la acción de tutela y corrió traslado a Positiva S.A., para que en el término de dos días siguientes a la notificación ejerciera su derecho de defensa, lo que en efecto realizó, mediante apoderada, presentando escrito en mayo 10 de 2013 con la solicitud de negar el amparo de los derechos invocados por la peticionaria, por configurarse un hecho superado por carencia actual de objeto, en cuanto fue efectuada la resonancia magnética de cerebro; además, se instó a la paciente a radicar las demás órdenes emitidas por los especialistas, para continuar el tratamiento (fs. 59 a 61 cd. inicial).

D. Decisión objeto de revisión: Sentencia única de instancia.

Mediante fallo de mayo 21 de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar negó el amparo pedido, indicando que no se cumplen los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, al tiempo que la entidad demandada no vulneró derechos de la accionante.

Expuso que no se cumple el presupuesto de la subsidiariedad para el ejercicio de la acción de tutela, en tanto que conforme al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, todo usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud podrá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para

reclamar la efectiva prestación de ese derecho, mediante un trámite preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, con la debida garantía a los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

E. Ampliación de la demanda.

La actora, mediante escrito de octubre 31 de 2013, expuso que para tratar las secuelas del accidente de trabajo que sufrió, recibe atención médica desde agosto de 2012 en la Clínica Palermo de Bogotá, debido a lo cual debe trasladarse asiduamente desde su lugar de residencia en Valledupar, para continuar recibiendo la atención prescrita (fs. 10 a 13 cd. Corte).

Indicó que desde entonces inició tratamiento con especialistas en neuroepileptología y neurocirugía, que ordenaron la resonancia simple y *"telemetría a 72 horas o más de acuerdo a la evolución durante el procedimiento"*, procedimientos que fueron autorizados para el día 2 de enero de 2013, pero solo en mayo 19 de ese año se emitió la autorización de traslado a Bogotá y se estipuló para el día siguiente (mayo 20) la realización de los exámenes referidos.

Como debido a sus condiciones de salud no podía trasladarse a la práctica de los procedimientos, pidió cambio de fecha, que luego de dispendiosos trámites se le autorizó para junio 3 de 2013, cuando finalmente fue hospitalizada durante 10 días para la realización de los exámenes.

Refirió que los médicos tratantes ordenaron cita de control en septiembre, que fue autorizada para octubre 17 de 2013, ocasión en que los galenos prescribieron nuevamente el examen de telemetría y ampliaron el término de duración del examen, que requería 120 horas o más de hospitalización de acuerdo a la evolución.

Con todo, la empresa demandada transcribió erradamente la autorización, circunstancia por la que asumió el diligenciamiento de una nueva; corregido el error acudió a la Clínica Palermo para el examen, pero dicha entidad manifestó no tener contrato vigente con la ARL Positiva S.A..

Finalmente, reseñó que la falta de continuidad en su tratamiento deteriora su salud y afecta las condiciones de vida, con las constantes convulsiones que padece aparte de que las fallas de la entidad demandada constituyen una amenaza para su integridad física, al prolongar la estadía en una ciudad que no conoce.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con

fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Planteamiento del problema jurídico.

Mediante esta acción de tutela, la señora Marisol Mogollón Olarte pide que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida digna, que habrían sido vulnerados por la ARL Positiva S. A., al no autorizar la realización de los exámenes resonancia cerebral, monitorización electroencefalográfica por video y radio durante 72 horas y por falta de continuidad en el tratamiento que adelanta.

Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala estudiará (i) la procedencia directa de la acción de tutela para la protección al acceso efectivo al derecho fundamental a la salud; (ii) el carácter integral del sistema de seguridad social y las obligaciones de las administradoras de riesgos laborales vinculadas al Sistema General de Riesgos Profesionales; (iii) la continuidad en la prestación del servicio de salud; por último, (iv) se resolverá el caso concreto.

Tercera. La procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud.

3.1. Esta corporación ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, en consonancia con la dignidad humana, que la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional presenta doble connotación, en tanto servicio público esencial¹ y como derecho fundamental².

Tal dualidad ha generado una correlatividad entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto la atención ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido como derecho y este, a su vez, ejercerse dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre que ellos se ajusten al desarrollo constitucional que corresponde al derecho fundamental.

Como derecho, cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental *per se*, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

Posteriormente, la corporación observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de que el constituyente lo hubiese elevado a dicho rango, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto derecho

¹ Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

² Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (ambas).

propiciador de las condiciones de dignidad inherentes a la existencia humana, razón suficiente para protegerlo directamente en sede de tutela.

3.2. Adicionalmente, se ha realzado que el derecho a la salud tiene una *“naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”*³.

Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, han sido acogidos los argumentos expuestos en la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, sobre (i) el carácter fundamental de tal derecho, asumido como el disfrute del más alto nivel posible de salud que permita a las personas vivir dignamente y (ii) la necesidad de implementar para su efectividad *“numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”*⁵.

Así, cuando el Estado en desarrollo del deber de organizar, dirigir y regular la prestación del servicio⁶, diseña e implementa el marco legal para el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plan obligatorio del mismo y demás normas complementarias, surge para las personas la posibilidad de acudir ante un juez de tutela a exigir las prestaciones contenidas en la reglamentación nacional, lo que a su vez comporta, por una parte, una atenuación de la condición meramente programática del derecho a la salud y, por otra, una concreción del contenido normativo de esta garantía como derecho subjetivo.

Al respecto, esta Corte en sentencia T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideró que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es subjetivo; sin embargo, expuso que *“(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el*

³ Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto.

⁴ La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de agosto 20 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas *“es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”*.

⁵ *“1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”*

⁶ Arts. 49 Constitución y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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”.

3.3. Lo anterior permite reafirmar la fundamentalidad del derecho a la salud y su componente inescindible de *acceso efectivo* a las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y el plan de beneficios (Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias), por la *transmutación* de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

Por tanto, en escenarios donde se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela. De ahí que el análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procederá, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico que se estudia.

3.4. De otra parte, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política atribuyó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios⁷.

Dicha competencia cobijó inicialmente⁸ las controversias relativas a (i) **la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario**; (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por la 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 Social.

La Corte en la sentencia C-117 de febrero 13 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, resolvió la exequibilidad de este recurso judicial frente al cargo planteado en la demanda, relativo al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad, en el entendido que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podría ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera

⁷ Art. 41, Ley 1122 de 2007.

⁸ 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 respectiva Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados 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*”.

pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

En otro pronunciamiento del mismo día, la Corte analizó un cargo de inconstitucionalidad contra la disposición en cita, referente a la presunta vulneración del debido proceso, en razón a la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS. Así, la corporación resolvió en sentencia C-119 de ese febrero 13 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la exequibilidad del demandado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, al considerar:

“... 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’.”

3.5. Bajo tales presupuestos, esta corporación en sentencia T-825 de octubre 19 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo, declaró la improcedencia de la acción de tutela que se estudiaba en esa oportunidad, por incumplimiento del requisito de subsidiaridad, explicando:

“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.”

Dicha sentencia y otras que ratifican⁹ ese criterio interpretativo, han resaltado que el procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011, para resolver las controversias que se suscitan entre las EPS u otras entidades que se les asimilen y los usuarios del SGSSS, resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, dado su carácter informal, sumario, principal y preferente.

Por tanto, apoyan la tesis relativa a que se debe agotar el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pero 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”*.¹⁰

3.6. No obstante, resulta significativo señalar que en sede de revisión esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alterno, el instrumento jurídico bajo análisis adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección efectiva de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

En ese orden, ha advertido las lesivas consecuencias que comporta la competencia preferente otorgada al ente de la Rama Administrativa, para conocer sobre la protección de garantías tan sensibles como el acceso al derecho fundamental a la salud, consignada en un recurso judicial que carece de suficiente desarrollo normativo y de la capacidad tuitiva del juez de tutela, para amparar de manera idónea el acceso al derecho a la salud.

⁹ Cfr. T-914 de junio trece de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; T-004 de junio 1º de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ T-1180 de diciembre 2 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En efecto, la sentencia T-206 de abril 15 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, al abordar el juicio de procedibilidad de la acción incoada contra una EPS-S, por no aprobar los costos de transporte que requería una menor de edad para acceder a las especialidades de reumatología y dermatología pediátrica, estableció que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como “*preferente y sumario*”, hay vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto precisó:

“Queda claro que el plazo para decidir es de 10 días hábiles¹¹ en primera medida, bajo el entendido que esta determinación puede no ser definitiva, si se hiciere uso del recurso de impugnación dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación. Empero, no se reguló el término otorgado para resolver en segunda instancia, lo cual genera una incertidumbre acerca de la duración total del trámite, pudiéndose afirmar tan solo, que su duración se extiende por más de 13 días hábiles.

Lo anterior reviste especial trascendencia, por cuanto al tratarse de derechos fundamentales como la salud, integridad personal o la vida, la indefinición del tiempo que se demore una decisión puede tener consecuencias mortales.

Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

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

De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia, señalando:

¹¹ “Entendidos como hábiles según lo dispuesto en el Código de Régimen Político y Municipal.”

“En principio, la accionante, una mujer de 72 años con una prescripción médica POS de más de un año sin autorizar, debió acudir ante la Superintendencia para que su queja fuera escuchada y resuelta, como quiera que ésta al estar investida con facultades jurisdiccionales se encontraba habilitada para emitir una decisión de carácter judicial que procurara garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de la paciente.

Sin embargo, el recurso judicial ante la Superintendencia, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, procede siempre que haya habido “una negativa por parte de las entidades promotoras de salud”. Situación que no ocurre en el caso concreto, pues de parte de ASMET SALUD EPS ESS no existe negación en sentido estricto de la práctica del procedimiento, en tanto que solo existe una omisión de la autorización, un silencio. Este tipo de conducta en la demandada, atípico a la norma que regula el mecanismo ante la Superintendencia, afectaría la idoneidad de este medio en tanto que no resulta apto para solucionar la inconformidad de la accionante, como quiera que la competencia de este ente de control se restringe a las negativas de las EPS, y no a sus conductas puramente omisivas.”

Acorde a todo lo expuesto y conforme a la reafirmada jurisprudencia constitucional sobre el acceso indefectible al servicio de salud y los criterios interpretativos que deben orientar la labor del servidor judicial, no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud en los casos en lo que se invoca es la protección de dicho acceso efectivo al servicio.

Cabe recordar que al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multiafiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones dentro del POS.

Tal distinción permite discernir que no puede predicarse indistintamente la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia. Esto es así, dadas las garantías que resultan comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales.

En ese orden, no puede asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa exclusivamente al acceso

efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma.

3.7. Por las razones expuestas, no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela en el escenario constitucional de acceso efectivo al servicio (actividades, procedimientos e intervenciones dentro del POS), en tanto que lo que está en discusión es la protección directa del derecho fundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez de tutela inexorablemente conserva la competencia principal.

Cuarta. El carácter integral del sistema de seguridad social. Obligaciones de las administradoras vinculadas al Sistema General de Riesgos Profesionales.

4.1. La Ley 100 de 1993 implementó un sistema integral de seguridad social, diseñado con la aspiración de alcanzar la real aplicación de los atributos de obligatoriedad e irrenunciabilidad que la Constitución le reconoció a la seguridad social, en su doble dimensión de servicio público y derecho fundamental.

Dicha aspiración quedó consignada en el preámbulo de la Ley 100, en el sentido de que el sistema integral de instituciones, normas y procedimientos, estará dispuesto para el *“cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”*.

Esa vocación de integralidad responde a la necesidad de materializar los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad a los que la Constitución subordinó la prestación del servicio de seguridad social y la garantía de este como componente inescindible de la dignidad humana; en desarrollo de esos mandatos, la Ley 100 consagró una especial protección al trabajador frente los riesgos propios de la actividad laboral, brindando una serie de prestaciones asistenciales y económicas para amparar a la población que queda desprovista de los ingresos básicos, tras sufrir una enfermedad o accidente que afecte su capacidad laboral.

Esa pérdida de capacidad laboral puede devenir de eventos de origen común o profesional, por lo que la disposición normativa definió para uno y otro un marco jurídico diferenciado sujeto al origen del evento que generó la contingencia. De esta manera, estableció dos regímenes distintos para atender las situaciones de invalidez, donde las prestaciones derivadas del accidente o la enfermedad serán responsabilidad de los actores del Sistema de Riesgos Profesionales o de los que participan en el Sistema General de Seguridad Social, obedeciendo a si la disminución de la capacidad es causa o no de un evento laboral.

4.2. Posteriormente, el Decreto 1295 de 1994 incorporó esos criterios al establecer en su artículo 34, que todo afiliado al SGRP tendrá derecho a que se le brinden los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas a que haya lugar, en el evento de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que generen incapacidad, invalidez o muerte. En consecuencia, incluyó dentro de las funciones de las entidades administradoras de riesgos laborales la de garantizar la prestación del servicio de salud y reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas a las que tienen derecho¹².

En lo relativo a las prestaciones asistenciales, dispuso que (i) los servicios de salud que demande el afiliado deben ser prestados a través de su entidad promotora de salud, a menos que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, caso en el cual estarán a cargo de la ARL correspondiente¹³; (ii) los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional deben ser prestados por las administradoras de riesgos profesionales; (iii) la atención inicial de urgencia podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al SGRP; (iv) las empresas promotoras de salud podrán prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran, sin perjuicio de la facultad que ostentan para repetir contra la administradora de riesgos profesionales correspondiente, por concepto de atención de urgencias y servicios asistenciales, mediante el mecanismo de reembolsos entre entidades¹⁴.

Las prestaciones económicas fueron previstas en el capítulo V, donde se establecieron los conceptos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, de sobrevivientes y de auxilio funerario, la manera de calcular su monto y los criterios a los que se sujetaría su reconocimiento.

4.3. Sin embargo, dichas normas fueron declaradas inexecutable por esta corporación, mediante fallo C-452 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería¹⁵, porque el legislador extraordinario no había sido facultado para regular aspectos sustanciales del SGRP.

4.4. Atendiendo los efectos diferidos de dicho fallo, el Congreso expidió una nueva preceptiva, mediante la Ley 776 de 2002 (*“por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”*), que se ocupó de ratificar la responsabilidad a cargo de las entidades administradoras de riesgos laborales, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un evento de origen profesional.

¹² D. 1295 de 1994, artículo 80, literales d) y e).

¹³ D. 1295 de 1994, artículo 5°.

¹⁴ D. 1295 de 1994, artículo 6°.

¹⁵ La Corte diferió los efectos del fallo, a la expectativa de que el Congreso proveyera la regulación sustancial.

Al respecto, en el párrafo 2° del artículo 1° advirtió que la entidad responsable de reconocer las prestaciones asistenciales y económicas, derivadas de un accidente o enfermedad profesional, será la administradora de riesgos a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento del accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al requerir la prestación.

Responsabilizó además a la administradora de riesgos laborales en caso de accidentes de trabajo a ***“responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora”*** (no está en negrilla en el texto original)¹⁶.

La Ley 776 de 2002 protegió además al trabajador frente a posibles moratorias en el reconocimiento y pago de las prestaciones que requiera cuando se produzca el riesgo asegurado, al facultar a la ARL que asume las prestaciones a repetir proporcionalmente, por la cantidad que haya desembolsado, y al erigir los mecanismos de recobro que efectúan las administradoras, como independientes a la obligación que les asiste en el reconocimiento del pago de las prestaciones económicas.

4.5. Estos postulados hacen manifiesto el carácter integral del sistema y develan el rol vital que desempeñan los actores del SGRP, administradora de riesgos laborales y empleador, en la protección integral, oportuna y eficaz de los trabajadores, en un sistema diseñado con una importante delegación de obligaciones a quienes participan en el sistema.

Quinta. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

Esta Corte, a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima, ha erigido la continuidad en la prestación del servicio como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud, que deviene quebrantado por la interrupción o intermitencia que genere o aumente el riesgo contra la calidad de vida.

De esta manera, la Corte ha resaltado la importancia de asegurar una constante y permanente prestación de los servicios de salud, según corresponda, con el fin de ofrecer a las personas *“la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades”*¹⁷.

En la sentencia T-1198 de diciembre 5 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fueron indicados los criterios que deben observarse para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, así:

¹⁶ L. 776 de 2002, art. 1°, párrafo 2°.

¹⁷ T-576 de junio 5 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene[n] a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”

Cabe así mismo señalar que, en materia de práctica de exámenes médicos, la Corte en sentencia T-101 de febrero 16 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, sostuvo:

“La entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.”

Conforme a lo expuesto, la continuidad en la prestación del servicio debe garantizarse en términos de universalidad, integralidad, oportunidad, eficiencia y calidad. De su cumplimiento depende la efectividad del derecho fundamental a la salud, en la medida en que la garantía de continuidad en la prestación del servicio forma parte de su núcleo esencial, por lo cual no resulta admisible constitucionalmente que las entidades que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- se abstengan de prestarlo o interrumpan el tratamiento requerido, por razones presupuestales o administrativas, desconociendo el principio de confianza legítima e incurriendo en vulneración del derecho constitucional fundamental.

Sexta. El caso bajo estudio.

6.1 La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional deberá establecer si la ARL Positiva Compañía de Seguros, S. A., conculcó los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida digna de la señora Marisol Mogollón Olarte, al no hacerle realizar los exámenes *“resonancia cerebral, monitorización electroencefalográfica por video y radio durante 72 horas”* y desconocerle el principio de continuidad del servicio de salud.

6.2. Para solucionar el tema enunciado, es necesario abordar de manera preliminar el análisis de procedibilidad de esta acción de tutela, examinando al efecto el criterio utilizado por el juzgador de instancia al declarar la improcedencia, y las consideraciones antes expuestas.

En suma, el incumplimiento del principio de subsidiariedad que se ha argumentado en este caso, tiene asidero en la existencia del recurso jurídico ante la Superintendencia Nacional de Salud, establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual no fue agotado por la accionante previo a formular la demanda.

Sin embargo, no es admisible constitucionalmente que un juez de tutela resuelva no pronunciarse sobre un asunto en donde es ostensible el compromiso grave e inminente de las garantías fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas, ante la posibilidad de agotar un mecanismo que, aunque ha sido atribuido excepcionalmente por la citada Ley como función jurisdiccional (art. 116 Const.), está a cargo de una autoridad administrativa.

Esa traslación, aunque nominalmente válida, repercutiría adicionalmente en el tiempo que viene esperando la actora para acceder de manera efectiva a un servicio de salud, que requiere con apremio y que en ningún momento ha debido negársele.

Obligarla a iniciar otro procedimiento, ahora ante esa Superintendencia, sujeto a términos añadidos para su decisión, desnaturaliza el carácter preferente y sumario que debe otorgársele a ***“la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”*** (art. 86 Const., no está en negrilla en el texto original) y generaría un mayor deterioro en sus condiciones de salud, en inaceptable regresión.

6.3. Superada esa disquisición, se constata que los exámenes ordenados cuya realización solicitaba la demandante Marisol Mogollón Olarte en el presente caso, fueron efectuados en el mes de junio del año en curso. Sin embargo, de la documentación allegada por parte de la actora en la ampliación de la demanda de tutela¹⁸, se advierte que el especialista tratante ordenó la realización del examen *“telemetría a 120 horas o más de acuerdo a la evolución”*, que no ha sido practicado porque la entidad demandada no tenía contrato vigente con la Clínica Palermo de Bogotá, institución donde la accionante ha venido recibiendo el tratamiento.

Así, aunque lo solicitado ha sido parcialmente suministrado, se observa que la violación de los referidos derechos fundamentales no ha cesado y, por el contrario, persiste una actitud dilatoria por parte de Positiva S.A..

Igualmente, pese al tiempo de evolución de las alteraciones de salud que afligen a la accionante, aún no existe un diagnóstico definitivo y las

¹⁸ Ver fs. 10 a 13 cd. Corte.

secuelas de los episodios convulsivos que padece repercuten gravemente en sus condiciones físicas y psíquicas, resaltando la urgencia de garantizarle a la señora Marisol Mogollón Olarte el acceso efectivo al tratamiento y medicamentos prescritos por los especialistas, que deberán prestarse de manera continua e integral, sin que sea admisible la dilación por cuestiones presupuestales o administrativas de la entidad demandada.

6.4. Por todo lo expuesto, será revocado el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, en mayo 21 de 2013, mediante el cual fue negado el amparo pedido por la señora Marisol Mogollón Olarte, identificada con cédula de ciudadanía 63.353.056 de Bucaramanga, contra ARL Positiva Compañía de Seguros S. A., que en su lugar se concederá, en protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida digna.

En consecuencia, para superar el desconocimiento en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad, de las prestaciones asistenciales derivadas del accidente de trabajo sufrido por la referida señora, se ordenará a Positiva S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y haga realizar, en una institución de salud apta al efecto, cubriéndole los gastos de traslado y alojamiento suyos y de un acompañante, si fuere necesario, el examen *“telemetría a 120 horas o más de acuerdo a la evolución”*, en las condiciones prescritas por el médico tratante, y continúe prestándole toda la asistencia integral que requiera la señora Marisol Mogollón Olarte, a raíz del accidente de trabajo que sufrió.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, en mayo 21 de 2013, mediante el cual negó el amparo solicitado por la señora Marisol Mogollón Olarte, contra la ARL Positiva Compañía de Seguros S. A.. En su lugar, se dispone **TUTELAR** sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida digna.

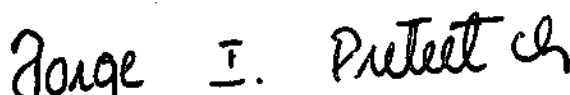
Segundo.- En consecuencia, **ORDENAR** a la ARL Positiva Compañía de Seguros, S. A., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y haga realizar, en una institución de salud apta para tal efecto, cubriéndole los gastos de traslado y alojamiento suyos y de un acompañante, si fuere

necesario, el examen "telemetría a 120 horas o más de acuerdo a la evolución", en las condiciones prescritas por el médico tratante, y continúe prestándole toda la asistencia integral que requiera la señora Marisol Mogollón Olarte, a raíz del accidente de trabajo que sufrió.

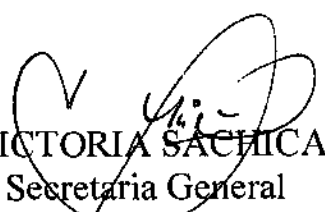
Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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


NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado


JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado


ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado


MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaría General

Se inscribe T. 804113.