Sentencia T-003/22

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Improcedencia por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Improcedencia por no estar acreditados los requisitos de la agencia oficiosa

(…), la tutela instaurada (…) es improcedente por no encontrarse acreditados los requisitos para interponer la acción en calidad de agente oficiosa, y, por lo tanto, no se encuentra acreditado la legitimación en la causa por activa. Además, tampoco se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad por no encontrarse acreditado, si quiera de forma sumaria, que la Nueva EPS efectivamente negó el servicio y por no encontrarse probada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que le impida acudir a las vías ordinarias para el reconocimiento de los gastos incurridos.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Mecanismo que se ejerce ante la Superintendencia de Salud debe analizarse en cada caso, por lo que el juez de tutela no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia

Expediente: T-8.193.510

Acción de tutela presentada por Kellys Johanna Barreto Matute, actuando en nombre propio y en calidad de gente oficiosa de la señora Griselda Matute Castillo, en contra de la Nueva EPS.

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., trece (13) de enero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien

la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del 17 de febrero de 2021, proferido en única instancia por el Juzgado Primero Laboral Del Circuito de Riohacha en el marco de la acción de tutela instaurada por la señora Kellys Johanna Barreto Matutes, en calidad de agente oficiosa de la señora Griselda Matute Castillo, en contra de la Nueva EPS derivada de la negativa de suministrar el transporte intermunicipal de acuerdo con la orden que autorizó la valoración de la accionante en la ciudad de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

La señora Griselda Matute Castillo fue diagnosticada en el año 2018 con "[c]arcinoma neuroendocrino de célula pequeña metastásico y encontrando (sic) en otro estudio de control nódulo pulmonar en segmento posterior de lóbulo inferior derecho".1 En el 2020, el tumor hizo metástasis en pulmón y cerebelo, y ello le ha generado constantemente dolores irresistibles.2 El 23 de septiembre de 2020, a la accionante se le practicó una craneotomía con el fin de aliviar algunas molestias.3

1. La paciente Matute Castillo fue remitida a valoración por cirugía de tórax y le fue programada una cita médica en el Instituto de Cancerología, donde la Nueva EPS tiene contrato para prestar dicho servicio. Lo anterior, habida cuenta que ni en la ciudad de Riohacha ni en Barranquilla cuentan con dicha especialidad.4 En consecuencia, el 8 de enero de 2021 la accionante elevó solicitud de servicio "inter-ciudades"5 para la gestión del servicio de traslado aéreo.6

1. El día 11 de febrero de 2021 la señora Kellys Johanna Barreto Matute indicó haber sufragado los gastos de transporte para poder dar cumplimiento a la cita programada los

días 26 y 27 de enero de 2021, y realizó la compra de los tiquetes aéreos a la ciudad de Bogotá el 20 de enero de 2021.7

1. Con fundamento en todo lo anterior, la señora Kellys Johanna Barreto presentó acción de tutela el 4 de febrero de 2021, en nombre propio y en calidad de agente oficiosa de Griselda Matute Castillo.8 Solicitó la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social de la señora Matute, y en consecuencia de ello, se ordenara a la demandada: (i) reconocer y pagar todos los gastos de transporte interdepartamental aéreo e interurbano en la ciudad de Bogotá D.C. o en la ciudad que corresponda la cita; (ii) reconocer y pagar los gastos de alimentación y viáticos, cirugía o cualquier otro procedimiento que requiera la accionante los cuales deben cobijar a la acompañante, en este caso, la agente oficiosa; (iii) practicar con integralidad todos los procedimiento médicos y quirúrgicos a los que haya lugar dirigidos a que supere la patología y padecimiento que afronta; y (iv) "se autoricen y se cubran los gastos relativos a consultas, derechos de quirófano, servicio de enfermería, exámenes, anestesia, derechos de urgencia, medicamentos, hospitalización, laboratorio clínico, imagenología, insumos y procedimientos médicos y quirúrgicos y demás de diferente orden. Pido no tener copago por nada lo que hagan.". 9

Trámite procesal de la acción de tutela

1. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, mediante proveído del 4 de febrero de 2021, admitió la acción de tutela.10 Así mismo, le otorgó el término de dos (2) días a la Nueva EPS para que, por intermedio de su representante legal, se pronunciara sobre los hechos de la demanda.

Contestación de la parte accionada

1. La Nueva EPS, al contestar la acción de tutela, señaló que la misma es improcedente, por cuanto fue presentada de forma directa sin que hubiere mediado una solicitud previa para la

prestación de los servicios a la Nueva EPS. En particular, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, no es posible concluir que a entidad encargada de proporcionar prestaciones en materia de salud ha lesionado un derecho fundamental que nunca se le pidió satisfacer. En estos términos, expuso las siguientes razones:11

“Por lo anterior, es siempre necesario acudir inicialmente ante la responsable de cumplir la obligación de brindar el servicio de salud y solo de darse la eventualidad de la renuencia a hacerlo efectivo, es posible que el usuario acuda ante el juez para que, previa determinación de que la prerrogativa fue lesionada, se ordene que sea garantizada de la manera más adecuada.

Como se dijo, no constituye excepción a lo anterior la mera sospecha o previsión del peticionario en el sentido de que los servicios serán negados por la E. P. S. o la urgencia en que aquél se halle. La tutela no deja de ser un mecanismo de defensa judicial residual que se activa únicamente frente aquello que la distingue: su carácter instrumental frente a la violación efectiva o el riesgo de vulneración de derechos fundamentales, ya sea por acción o por omisión del agente. Considerar que la acción puede anticiparse a que tal cosa ocurra, desnaturalizaría sus rasgos y, sobre todo, su función constitucional. (Sentencia T-096-16)”12

1. Además, solicitó no acceder a las pretensiones relativas al tratamiento integral solicitado por la accionante, habida cuenta que es el médico tratante quien determina qué servicios requiere el paciente con base en el diagnóstico. En consecuencia, señaló que en caso de considerar que los derechos invocados son tutelables, según la Resolución 205 de 2020 se establecieron disposiciones relativas a la gestión y financiación de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS. Por último, la Nueva EPS solicitó ordenar a Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reembolsar los gastos en los que incurra.

Sentencia de única instancia

1. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha en sentencia del 17 de febrero de 2021,13 declaró improcedente la tutela presentada por Griselda Matute Castillo al considerar

que la tutela era improcedente. En particular, determinó que no se cumplió el requisito de subsidiariedad, toda vez que Griselda Matute Castillo no elevó solicitud de gastos ante la entidad accionada, así como tampoco indicó si agotó o no instancias administrativas.

Así mismo, el mencionado indicó que:

"la accionante debe cumplir cita médica de control por la patología TUMOR NEUROENDOCRINO DE OVARIO, en tratamiento continuo, pero no aporta en los anexos, solicitud previa radicada ante la entidad prestadora del servicio, requiriendo la tutela de sus derechos fundamentales para el pago de los gastos incurridos anteriormente en la cita del 26 de enero de 2021 y los sucesivos a causa de la nueva cita programada para la entrega de los exámenes faltantes, obviando la instancia administrativa y las actuaciones que ante esta deben adelantarse para la efectividad y garantía de sus derechos fundamentales, negando la posibilidad a la entidad accionada de sufragar sin demora ni perjuicio el resarcimiento de los gastos en que hubiera incurrido anteriormente la paciente y su acompañante por concepto de traslado, alojamiento y alimentación, así como conceder el reconocimiento y pago de los rubros en que incurrirá próximamente para la cita derivada de su diagnóstico por la entrega de resultados de exámenes médicos" y agregó que "no se puede predicar de los hechos narrados y los anexos aportados al presente trámite, que existan tal incumplimiento respecto de los gastos a que necesariamente se verá sometida la accionante, toda vez, que la misma no los ha puesto en conocimiento o solicitado a la entidad accionada previa a la instauración de la presente acción de tutela".14

1. Así las cosas, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha estimó que no se puede afirmar que las actuaciones de la entidad accionada sean de tal índole, que vulneren el derecho fundamental a la salud, toda vez que en sede institucional existen mecanismos para solicitar y acceder al recobro de los rubros ya incurridos. En consecuencia, negó la tutela de los derechos fundamentales alegados por la accionante.

Esta decisión no fue impugnada por ninguna de las partes dentro del proceso.

Actuaciones en sede de revisión

1. El fallo de tutela fue seleccionado para su revisión por la Corte Constitucional mediante auto del 29 de junio de 2021 proferido por la Sala de Selección No. 6, elegida por criterio objetivo de posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional, y criterio subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental.15 Se repartió y entró para su estudio a este Despacho el 15 de julio de 2021.16

Auto de pruebas del 15 de septiembre de 2021

1. Con el ánimo de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver la controversia constitucional, mediante Auto del 15 de septiembre de 2021 el Magistrado sustanciador estimó pertinente decretar pruebas a fin de verificar: (i) cuáles son las circunstancias particulares de la accionante y (ii) qué trámites se han adelantado con el propósito de gestionar el suministro de los gastos de transporte solicitados y aparentemente negados por la EPS accionada.17

1. El auto ordenó oficiar a la señora Kellys Johanna Barreto Matute y responder lo siguiente: "(i) ¿cómo está compuesto el núcleo familiar o la red de apoyo de la señora Griselda Matute y qué tipo de apoyo recibe de éste?; (ii) si a la señora Griselda Matute le ha sido ordenado algún otro tipo de tratamiento o consulta médica por fuera de la ciudad de Riohacha; (iii) ¿en qué centro médico se está surtiendo el tratamiento médico ordenado a la señora Griselda?; (iv) ¿qué diligencias administrativas ha adelantado ante la Nueva E.P.S para obtener el suministro del transporte de la señora Griselda a otras ciudades con ocasión de su tratamiento médico?; (v) desde el momento de interposición de la acción, ¿la Nueva E.P.S ha suministrado el servicio de transporte y hospedaje a la señora Griselda y su acompañante en ciudades diferentes a las de Riohacha?; y (vi) si ha adelantado algún otro trámite tendiente a la autorización del servicio de transporte desde la fecha de notificación del fallo de primera instancia ante la Superintendencia de Salud, o bien ante un Juez ordinario".18

1. Se ordenó a la Nueva EPS remitir información relativa a: "(i) ¿qué trámites ha adelantado la señora Griselda Matute, o sus familiares, a fin de obtener la autorización del servicio de transporte fuera de la ciudad de Riohacha con ocasión de su tratamiento médico?; (ii) ¿cuáles son los mecanismos internos con los que cuenta la accionante para obtener el pago de los gastos incurridos en transporte?; (iii) ¿qué servicios ha autorizado la entidad como parte del tratamiento integral de la señora Matute?; y (iv) qué tipo de servicios médicos recibe la señora Griselda fuera de la ciudad de Riohacha, cuál es su periodicidad, por qué se prestan en otra ciudad, y cuál podría ser el efecto de no recibir de forma oportuna la prestación de estos servicios." 19

1. Dicha providencia fue notificada el 17 de septiembre de 2021 en Oficio OPTB-1599/2021 por la Secretaría General de esta Corporación. Vencido el plazo de tres (3) días dispuesto para la práctica de las pruebas, se recibió informe secretarial del 28 de septiembre de 2021, en el que se le informó al Despacho que el día 22 de septiembre de 2021, se recibió respuesta de la entidad accionada pero no se obtuvo respuesta por parte de la accionante.

1. En respuesta del 22 de septiembre de 2021, el apoderado de la accionada respondió vía electrónica al requerimiento del Magistrado sustanciador e informó que:20 (i) "la Afiliada ha presentado solicitud de cubrimiento en el marco de la acción de tutela y desde el mes de febrero de 2019 realiza el trámite ante la EPS.";21 (ii) la entidad dispone de canales virtuales de atención a través de los cuales los afiliados pueden enviar sus solicitudes con los soportes correspondientes; (iii) sobre los servicios médicos autorizados como parte del tratamiento integral, adjuntó copia del historial sobre el particular; (iv) "[t]eniendo en cuenta que en el lugar de residencia de la Afiliada, no se encuentran IPS habilitadas que presten servicios especializados para atender la patología oncológica que padece, Nueva EPS dispone de la red de prestadores de servicios de salud en otras ciudades";22 y (v) los servicios médicos autorizados a la accionante se han dado en los términos ordenados por los profesionales de la salud tratantes.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Segunda de Revisión es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente T- 8.193.510 fue seleccionado y repartido por medio del Auto del 29 de junio de 2021.

Análisis formal de procedencia

1. Corresponde, en primer lugar, examinar si la presente acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia que se desprenden del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991. En caso de acreditarse su cumplimiento, se adelantará el análisis de fondo del asunto.

Inmediatez

1. La Constitución Política determinó que la tutela es un mecanismo que busca la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente vulnerado. Por lo cual, se exige al accionante que, dentro de un término razonable y prudencial, a partir del hecho que generó la presunta vulneración, promueva la acción constitucional. Así, le corresponde al juez constitucional verificar si el tiempo que ha transcurrido entre la ocurrencia del hecho que dio lugar a la presunta vulneración, y la presentación de la de tutela resulta razonable según los elementos del caso. De no serlo, se entiende prima facie que el carácter urgente de la solicitud ha cedido o ha sido desvirtuado, siempre que no se hallen razones que justifiquen el paso del tiempo en la interposición de la acción de tutela.23

1. En el presente caso, la tutela se presentó el 4 de febrero de 2021 con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los gastos incurridos en servicio de transporte inter-ciudades para

la atención médica requerida. El 26 de enero de 2021 la accionante se trasladó vía área a la ciudad de Bogotá.24 De manera que, es posible sostener que desde el momento en que la afiliada Griselda Matute Castillo requirió el servicio, transcurrió un término de siete (7) días. En consecuencia, la Sala considera que se acredita el supuesto de inmediatez.

Legitimación en la causa por pasiva

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede ante cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública, y ello resulte en la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. Así mismo, el precitado decreto dispone que se podrá interponer acción de tutela en contra de las actuaciones u omisiones de un particular, siempre que se enmarquen en el listado taxativo previsto en el artículo 42.25

1. En materia de salud, el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991 dispone que "la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (…) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud". En el caso subjudice se encuentra acreditado que la acción de tutela se presentó en contra de una entidad prestadora del servicio público salud –Nueva EPS–, por no reconocer y pagar los gastos incurridos con ocasión al servicio de transporte para servicios médicos.

Legitimación en la causa por activa

1. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales".26 Por lo cual, respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, con fundamento en lo referido por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) por medio de

representante del titular de los derechos; (iii) mediante agente oficioso; o (iv) por el Defensor del Pueblo o personero municipal.27

Incumplimiento de los requisitos de la agencia oficiosa en la acción de tutela

1. En relación con la procedencia de la acción de tutela promovida por un agente oficio, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que se podrán agenciar derechos ajenos siempre que al titular le resulte imposible llevar su propia defensa. Además, según lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, la agencia oficiosa busca evitar que, debido a la falta de capacidad del accionante, se sigan cometiendo actos violatorios de derechos fundamentales o continúe la omisión que los afecta.28

1. En esos términos, la Corte Constitucional ha establecido dos requisitos para que una persona pueda actuar en calidad de agente oficioso dentro del trámite de tutela: "(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional".29

1. En este caso, la Sala advierte que no se encuentra satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa de la señora Kellys Johanna Barreto Matute en calidad de agente oficiosa de la señora Griselda Matute Castillo. Así mismo, no está acreditado el requisito respecto de la legitimación en la causa por activa de la señora Kellys Johanna en nombre propio. Ello, con base en las siguientes razones:

i. Kellys Johanna presentó la acción de tutela en calidad de agente oficiosa de la señora

Griselda Matute Castillo.31 No obstante, en la tutela no se menciona que Griselda Matute Castillo carezca de las condiciones para promover la defensa de sus derechos o para otorgar un poder judicial. Tampoco está acreditado –más allá de lo que formalmente se alegó en la demanda– que la titular de los derechos se encuentra en imposibilidades físicas o mentales de interponer la acción por sí misma, pues no está en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta. Es decir, no es menor de edad ni pertenece a la tercera edad –tiene 55 años a la fecha de expedirse esta sentencia– y tampoco hace parte de una minoría étnica y cultural.32 Así mismo, no se señaló que Griselda Matute Castillo esté en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial, pues si bien es cierto que la señora está en una situación de salud que requiere de cuidado médico, ello no justifica, por sí mismo, el empleo de una figura como la de la agencia oficiosa, la cual busca garantizar el acceso a la justicia de quienes, por razones excepcionales y ajenas a su voluntad, no pueden hacerlo.33 Además, la accionante no ratificó la representación por interpuesta persona, máxime si se tiene en cuenta que las solicitudes de servicios las ha presentado de forma directa ante la Nueva EPS. Por lo tanto, no se encuentra acreditado que la señora Griselda Matute Castillo no fuese capaz de defender por sí misma sus derechos fundamentales.

i. Adicionalmente, Kellys Johanna Barreto Matute presentó la acción de tutela "actuando en nombre propio".34 Sin embargo, de los hechos de la demanda y en las pretensiones se identifica que la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados al mínimo vital, a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social es la señora Griselda Matute Castillo. Por consiguiente, no se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa de la señora Barreto, toda vez que acude al trámite de tutela en defensa de derechos ajenos.

Subsidiariedad

1. La acción de tutela solo procede ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de las pretensiones. En ese sentido, el carácter residual tiene como objeto preservar el reparto de competencias atribuidas a las autoridades judiciales por la Constitución y la ley, con fundamento en los principios de

autonomía e independencia judicial.35 Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el requisito de subsidiariedad debe ser analizado en cada caso en particular, a fin de comprobar que, aun existiendo otro mecanismo de defensa, no se esté ante una de las siguientes posibilidades: (i) el mecanismo no es idóneo o eficaz en la protección de los derechos; (ii) un perjuicio irremediable, evento en el cual la acción procede excepcionalmente; y (iii) que se trate de personas que requieran especial protección constitucional.36

1. En materia de salud, el artículo 41 inciso 1 literal a) de la Ley 1122 de 2007 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, aquellos asuntos relacionados con la cobertura de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), cuando su negativa por parte de las EPS o quien haga sus veces ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.37

1. Según el artículo 41 inciso 2 de la Ley 1122 de 2007, el ejercicio de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se realiza a través de un procedimiento sumario, de conformidad con los principios del proceso judicial y en respeto a los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción.38 No obstante, en Sentencia SU-508 de 2020 la Corte Constitucional analizó la idoneidad y eficacia de la función jurisdiccional del procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud para garantizar los derechos fundamentales de los usuarios. Determinó que la reglamentación vigente experimenta situaciones normativas y estructurales que resultan en una capacidad limitada de la Superintendencia Nacional respecto de sus competencias jurisdiccionales. De manera que "mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos".39

1. En consecuencia, la Corte señaló que el agotamiento de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud “no constituye un requisito ineludible para satisfacer la subsidiariedad de la acción de tutela; por el contrario, el juez de tutela deberá verificar varios elementos: a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores”.40

1. En suma, en materia de salud, el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud no es un mecanismo idóneo ni eficaz por la limitada capacidad de la entidad respecto de sus funciones jurisdiccionales. Por lo cual, aun cuando se haya agotado dicha vía, el juez constitucional deberá verificar si se configura un perjuicio irremediable; si el medio es efectivamente idóneo y eficaz en la protección de los derechos; si el asunto versa sobre la negativa u omisión en la prestación de un servicio y tecnología en salud; y si se configura una posible afectación a los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, como los niños, adultos mayores y personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud.

Inexistencia del perjuicio irremediable

1. El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (subraya por fuera de texto). La jurisprudencia de esta Corte ha definido el perjuicio irremediable como “el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales, que debe ser invocada por el juez constitucional, dada la alta probabilidad de su ocurrencia”.41 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “si la Constitución Política no consagrase el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido lo mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico”.42

1. Ahora bien, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido que (i) el perjuicio debe ser inminente, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) el perjuicio que se cause sea grave, lo que implicaría, en consecuencia, un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iii) las medidas que se requieran para evitar la configuración sean urgentes; y (iv) la acción es impostergable, es decir, en caso de aplazarse la misma sea ineficaz por inoportuna.43

1. En el caso sublite, se advierte que la acción de tutela está encaminada a gestionar el reconocimiento y pago de los gastos en que incurrió la accionante para su asistencia a la cita médica el 26 de enero de 2021, derivada de la negativa de suministrar el transporte inter-ciudades en la orden que autorizó la valoración de la accionante en la ciudad de Bogotá D.C. Teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales referidas, se pasa a constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo:

i. La acción jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idónea o eficaz en la protección de los derechos de la accionante. Ello, toda vez que el artículo 41 literal b) de Ley 1122 de 2007, solo prevé el reconocimiento económico de los gastos que haya incurrido el afiliado por concepto de atención en urgencias o por autorización expresa de la Entidad promotora de salud.44 En consecuencia, la accionante no puede exigir por dicho mecanismo el reconocimiento y pago de los gastos incurridos por transporte “inter-ciudades”.

Ahora bien, a juicio de la accionante la entidad se negó otorgarle la autorización del servicio de transporte inter-ciudades y gastos de hospedaje. Sin embargo, en el expediente no se encuentra acreditado que dicha situación fáctica hubiese ocurrido y que la misma constituya

un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la tutela. Está acreditado que la señora Griselda elevó el 8 de enero de 2021 solicitud de servicios de gestión de traslado de inter ciudades y hospedaje por evaluación integral,48 pero, en todo caso, no obra en el expediente prueba si quiera sumaria que permita evidenciar que (a) la Nueva EPS efectivamente negó el servicio y (b) la accionante realizó algún tipo de reclamación en sede institucional a fin de obtener la respectiva autorización, por ejemplo acudir a los mecanismos internos previstos para tal fin o presentar alguna solicitud en ejercicio del derecho de petición.49

Así las cosas, no se encuentra acreditado que en efecto haya habido una negativa u omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud por parte de la Nueva EPS, y, por el contrario, está acreditado que la entidad accionada ha autorizado los servicios que le han sido ordenados a la accionante. 50

Además, (iii) Griselda Matute Castillo afirma en su demanda que no cuenta con los recursos para sufragar los gastos de transporte que requiere. No obstante, no obra en el expediente prueba siquiera sumaria que permita dar cuenta de ello o que evidencie la posible configuración de un perjuicio irremediable. Por el contrario, según obra en el expediente, la accionante pudo financiar el transporte aéreo a la ciudad de Bogotá sin presentar, posteriormente, solicitud de reintegro por los gastos incurridos.51 La naturaleza del perjuicio irremediable radica en la amenaza seria en torno a la ocurrencia de una lesión a los derechos fundamentales, que en la solicitud de reembolso de los gastos de transporte estaría dado, por ejemplo, en la afectación del mínimo vital o por la imposibilidad de asistir a las consultas. Sin embargo, en el presente caso no existe tal amenaza de vulneración a los derechos fundamentales, pues en efecto, la accionante asistió a la cita médica en la ciudad de Bogotá. Así mismo, la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo como cotizante a través de la Nueva EPS, lo cual admite concluir que no se encuentra en condiciones de vulnerabilidad que permitan flexibilizar las reglas señaladas.52 Por lo cual, se entiende que Griselda Matute Castillo pretende a través de la acción de tutela el recobro de gastos pasados y no evitar la ocurrencia de un perjuicio.

Por último, (iv) no se configura una posible afectación a los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que como se indicó en líneas precedentes (ver supra 27), la accionante no es menor de edad, no es de la tercera edad y

no hace parte de una minoría étnica y cultural. Además, de conformidad con el material probatorio, la entidad accionada ha prestado los servicios que le han sido ordenados a la accionante. En todo caso, no se demostraron circunstancias de riesgo adicionales que permitan una valoración flexible del requisito de subsidiariedad.

1. Por lo tanto, la tutela instaurada por la señora Kellys Johanna Barreto Matute en calidad de agente oficiosa de la señora Griselda Matute Castillo es improcedente por no encontrarse acreditados los requisitos para interponer la acción en calidad de agente oficiosa, y, por lo tanto, no se encuentra acreditado la legitimación en la causa por activa. Además, tampoco se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad por no encontrarse acreditado, si quiera de forma sumaria, que la Nueva EPS efectivamente negó el servicio y por no encontrarse probada la ocurrencia de un perjuicio irremediable que le impida acudir a las vías ordinarias para el reconocimiento de los gastos incurridos.

1. La Sala estima necesario anotar que, en este caso, la falta de contestación del auto de pruebas por parte de la señora Kelly Johanna Matute, impide a la Corte contar con elementos de juicio suficientes para evaluar si en el caso concreto continua la acción u omisión violatoria del derecho.

1. En consecuencia, la Sala procederá a revocar la decisión de instancia que negó el amparo solicitado en la presente acción por incumplimiento del requisito de subsidiariedad; y, en su lugar, la Sala procederá a declarar la improcedencia de la acción de tutela por no encontrarse acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela relativos a la legitimación en la causa por activa y subsidiariedad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

SEGUNDO. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Expediente digital T-8.193.510 "DEMANDA" fl 1. "Los tumores neuroendocrinos constituyen un grupo heterogéneo de tumores que se definen como neoplasias epiteliales con una diferenciación predominantemente neuroendocrina. Aunque las localizaciones más frecuentes son el páncreas, el tracto digestivo y el pulmón, este tipo de neoplasias pueden surgir en prácticamente cualquier órgano del cuerpo, debido a que estas células se distribuyen en la etapa embrionaria por todo el organismo, a través de las crestas neurales, las glándulas endocrinas, los islotes y el sistema endocrino difuso." Tomado de: Sociedad Española de Oncología Médica. 21 de enero de 2020. https://seom.org/info-sobre-el-cancer/tumor-neuroendocrino

2 Expediente digital T-8.193.510 "DEMANDA" fl. 1 y 7.

3 Expediente digital T-8.193.510 "DEMANDA" fl 2 y 10.

4 Ibidem.

5 Según obra en el expediente, se evidencia que tanto la accionante como la accionada se refieren al servicio de transporte entre ciudades como “transporte inter-ciudades”. Por lo cual, se hará referencia a dicho servicio en los mismos términos.

6 Expediente digital T-8.193.510 “ACT_RECEPCIÓN MEMORIALES_16-02-2021 11.29.43 a.m..pdf” fl 2 y

3.

7 Expediente digital T-8.193.510 “ACT_RECEPCIÓN MEMORIALES_16-02-2021 11.29.43 a.m..pdf” fl 1 y

6.

8 Expediente digital T-8.193.510 “DEMANDA” fl 44.

9 Expediente digital T-8.193.510: Expediente digital T-8.193.510 “DEMANDA” fl. 3.

10 Expediente digital T-8.193.510: “AUTO ADMITE”.

11 Expediente digital T-8.193.510: “19RemiteACorteConstitucionalPorSubsanación.pdf” fl. 55.

12 Ibidem.

13 Expediente digital T-8.193.510 “SENTENCIA”

14 Ibidem. fl 8.

15 Acuerdo 02 de 2015. Artículo 52.

16 Expediente digital T-8.193.510: “Anexo secretaria Corte T8193510 R.pdf”

17 Expediente digital T-8.193.510: Auto pruebas

18 Ibidem.

19 Expediente digital T-8.193.510: “Auto de pruebas 15 septiembre de 2021”

20 Expediente digital T-8.193.510: “RESPUESTA AUTO PRUEBAS”

21 Expediente digital T-8.193.510 RESPUESTA AUTO PRUEBAS. fl 4

22 Expediente digital T-8.193.510 RESPUESTA AUTO PRUEBAS. fl 6.

23 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 2019.

24 Expediente digital T-8.193.510 “ACT_RECEPCIÓN MEMORIALES_16-02-2021 11.29.43 a.m..pdf” fls 5-6.

26 En la Sentencia SU-508 de 2020 este Tribunal señaló que: “[e]l artículo 10 inciso 2 del Decreto 2591 de 1991 establece que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de estos no esté en condiciones de promover su propia defensa. La norma consagra que, cuando esto ocurra, debe manifestarse en la solicitud dicha agencia. La agencia oficiosa se fundamenta, según la jurisprudencia constitucional, en el principio de solidaridad y tiene como objetivo proteger a las personas por encima de los requisitos procesales, en especial cuando aquellas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como lo son los niños y los adultos mayores. Igualmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la agencia oficiosa busca evitar que se sigan perpetrando actos o continúen las omisiones que vulneran los derechos fundamentales, debido a la falta de capacidad de la persona para defenderse por sí misma” De igual forma, en las sentencias T-235 de 2018; T-719 de 2015 y T- 004 de 2013.

27 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-055 de 2015.

28 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-235 de 2018.

29 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-055 de 2015.

30 Ibidem.

31 Expediente digital T-8.193.510 “DEMANDA” fl 6.

32 Ibidem.

33 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-055 de 201

34 Expediente digital T-8.193.510 “DEMANDA” fl 1,

35 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias SU-508 de 2020; T-488 de 2018 y SU-005 de 2018.

36 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias SU-508 de 2020; T – 014 de 2017; T-171 de 2018 y T-719 de 2015.

37 Ley 1122 de 2007. Artículo 41. “[c]on el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”

38 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias SU-508 de 2020 y T-014 de 2017.

39 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-508 de 2020.

40 Ibidem.

41 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-190 de 2020.

42 Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU 508 de 2020.

43 Cfr., Corte Constitucional. Sentencias SU-508 de 2020; T-190 de 2020 y T-235 de 2018.

44 Ley 1122 de 2007. Artículo 41 “b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos.

45 Expediente digital T-8.193.510 “DEMANDA” fl. 1 y 7.

46 Expediente digital T-8.193.510 RESPUESTA AUTO PRUEBAS. fl 6.

47 Ibidem. “griselda_matute” fl 92.

48 Expediente digital T-8.193.510 “ACT_RECEPCIÓN MEMORIALES_16-02-2021 11.29.43 a.m..pdf” fl 2

y 3.

49 Expediente digital T-8.193.510 RESPUESTA AUTO PRUEBAS. fl 6.

50 Expediente digital T-8.193.510 RESPUESTA AUTO PRUEBAS “griselda_matute.”

51 Expediente digital T-8.193.510 “ACT_RECEPCIÓN MEMORIALES_16-02-2021 11.29.43 a.m..pdf” fl 1,

6 -8.

52 Información obtenida de la página de información sobre afiliados del Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, resultado de los reportes de información realizados por las EPS. https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/ConsultarAfiliadoWeb.aspx

{p}