

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-179/22

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE-Entidad promotora de salud indígena a la cual se pretendía hacer traslado colectivo entró en liquidación

(...) la pretensión de la demanda de tutela que gira en torno a la autorización de traslado a AMBUQ EPS, no se puede atender porque dicha entidad actualmente no se encuentra habilitada para afiliar usuarios, por la orden de liquidación dictada por la Superintendencia Nacional de Salud.

PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD EN COMUNIDADES INDIGENAS-Traslado colectivo de EPS

(...) la posibilidad de trasladarse y de escoger libremente qué entidad de salud va a prestar los respectivos servicios, es una garantía que debe ser protegida como parte del derecho a la salud de las comunidades indígenas.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Aspectos determinantes de la ley 691 de 2001

TEMERIDAD-Configuración

TEMERIDAD-Inexistencia por no concurrir identidad de partes

Sentencia T-179/22

Referencia: Expediente T-8.216.479

Accionante: Mirian Isabel Montiel Mora, en calidad de representante de los Cabildos Indígenas Zenú de Chinú, Córdoba

Accionados: Mutual Ser EPS, Nueva EPS, Cajacopi EPS y Coosalud EPS

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Cuarta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere sentencia al revisar el fallo dictado por el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Chinú, Córdoba, el 4 de noviembre de 2020, en el trámite de la solicitud de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Mirian Isabel Montiel Mora, en calidad de representante de los Cabildos Indígenas Zenú de Chinú, Córdoba, presentó solicitud de tutela con el objeto de que fueran protegidos, entre otros, los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de este grupo étnico, los cuales estima vulnerados por las EPS Mutual Ser, Nueva EPS, Cajacopi y Coosalud. Lo anterior, al negarse a realizar el traslado de afiliación de ciertos miembros de la comunidad mencionada a AMBUQ EPS-S, entidad escogida por estos para que se encargue de su atención en salud.

2. Hechos

En síntesis, la solicitud de tutela relaciona los siguientes hechos:

2.1. El 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes y negocios de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre (Manexka EPSI), así como su intervención forzosa para su liquidación.

2.2. En consecuencia, se procedió a trasladar de manera forzosa, la afiliación en salud de miembros de esta comunidad indígena a las EPS, Cajacopi, Mutual Ser y Nueva EPS, sin que se llevaran a cabo las respectivas asambleas, para que estos escogieran de manera libre y autónoma la entidad prestadora de salud de su preferencia.

2.3. Sostiene la demandante que, el 17 de agosto de 2020, los representantes del Resguardo Indígena Zenú, en el municipio de Chinú, realizaron “asambleas de autoridades indígenas” en las que se tomó la decisión de llevar a cabo el traslado de EPSs, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001. A su vez, con base en el artículo 49 del Decreto 2353 de 2015, seleccionaron a AMBUQ EPS-S, como la entidad encargada de prestar los respectivos servicios de salud.

2.4. Afirma que el 30 de septiembre de 2020, las autoridades indígenas del citado resguardo, notificaron la señalada decisión a la Dirección Local de Salud de la Secretaría de Salud de Córdoba y a AMBUQ EPS. A su vez, solicitaron que se cumpliera la voluntad de la comunidad indígena, la cual quedó consignada en el acta de la citada asamblea, en la que se solicitó el traslado desde Cajacopi, Mutual Ser, Coosalud y Nueva EPS hacía AMBUQ.

2.6. Considera que dicha negativa no solo desconoce el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, el artículo 49 del Decreto 2353 de 2015 y, por ende, su derecho a la libre escogencia de entidad promotora de servicios de salud, sino también lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y jurisprudencia al respecto. Como ejemplo, sostiene que, mediante sentencia del 27 de junio de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tierralta, Córdoba, amparó los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social entre otros, del Resguardo Emberá Katio del alto Sinú, y ordenó a las EPS Mutual Ser, Emdisalud, Cajacopi y otros a iniciar los trámites necesarios para afiliar a los miembros de dicha comunidad en Emdisalud EPS.

3. Pretensiones

3.1. Con base en lo expuesto, solicitan que se tutelen los derechos fundamentales a la salud, la vida, la integridad personal y la seguridad social entre otros.

3.2. A su vez, que se ordene “como medida provisional y definitiva” a las EPS Cajacopi, Mutual Ser, Coosalud y Nueva EPS, realizar las gestiones necesarias para garantizar el traslado de 3.328 indígenas pertenecientes al Resguardo Indígena Zenú, en el municipio de Chinú, Córdoba y no imponer más obstáculos para que se dé el respectivo proceso.

4. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

Mediante oficio del 21 de octubre de 2020, el juez de primera instancia admitió la demanda de tutela y dispuso correr traslado a las entidades demandadas, para que se pronunciaran al respecto.

4.1. Coosalud EPS

El gerente de Coosalud EPS S.A., sucursal Córdoba, manifiesta que simultáneamente con la actual demanda de tutela, han recibido notificaciones de otras solicitudes de amparo, promovidas por otros líderes indígenas de la etnia Zenú, en las que se exponen los mismos hechos y pretensiones. Afirma que incluso se trata de un formato de demanda. Con base en ello, sostiene que se puede configurar algún acto de temeridad.

Por otro lado, manifiesta que, luego de revisar en su sistema de archivos y correspondencia, se logró verificar la existencia de una solicitud por parte de AMBUQ EPS mediante la que requiere el traslado de 933 usuarios “aparentemente” pertenecientes a la comunidad indígena mencionada y adscritos a la EPS demandada. Expone que, el 27 de octubre de 202 (sic) dieron contestación a tal requerimiento y en la que se les informó que “se tiene conocimiento en el sector salud, que actualmente EPS AMBUQ no está operando en los Municipio (sic) de Monteria,(sic) Cereté, Ciénaga de Oro, La Apartada, Lórica (sic), Sahagún, Tierralta, por lo cual, le pedimos se informara como garantizará la atención de los usuarios en dichas localidades”. En consecuencia, le solicita al juez de tutela que se requiriera a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que dicha entidad “acreditara” el respectivo traslado.

A su vez, señala que el listado de nombres que se aporta con la demanda de tutela, que se supone corresponde a los usuarios que solicitan el traslado, no es claro y contiene varias inconsistencias. En consecuencia, sostiene que la información allegada no permite su validación con el contenido de sus bases de datos, por lo que no se cumple con los parámetros establecidos por la ADRES para realizar este tipo de traslados.

Aunado a ello, puso en conocimiento que “a pesar de que, en la solicitud escrita, EPS AMBUQ solicita el traslado de (933) usuarios activos en la entidad que represento, verificado el proceso de novedades correspondiente al 23 de octubre, se pudo constatar que respecto de COOSALUD EPS S.A, solo solicitó EPS AMBUQ, un total de (243) usuarios, de acuerdo con el contenido del archivo “S2ESS02120102020” enviado por ADRES contentivo de las solicitudes de traslado entre EPS, a corte 20 de octubre hogaño”.

Según lo expuesto, manifiesta que AMBUQ EPS, no solo, aparentemente, presentó una solicitud de traslado sin la autorización para ello, sino que, además, dentro del periodo para novedades establecido por ADRES, promovió el traslado de un número menor de usuarios al que señaló la comunidad demandante.

En consecuencia, afirma que, contrario a una vulneración de derechos fundamentales, lo que se presenta en este caso es una clara incongruencia e inconsistencia en la gestión adelantada por AMBUQ EPS. Por tal razón, solicita que la tutela sea declarada improcedente, pues el actuar de la entidad accionada se encuentra conforme a las normas establecidas sobre la materia.

4.2. Cajacopi EPS

La coordinadora Seccional Córdoba de la EPS-S Caja de Compensación Familiar Cajacopi manifiesta que, la afiliación de la comunidad demandante a dicha entidad se dio como consecuencia de la liquidación de Manexka EPSI, decisión que fue adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud a través de Resolución 527 de 2017 y mediante la cual, a su vez, se ordenó la toma de posesión inmediata y su liquidación.

Por otro lado, señala que en cumplimiento de la orden dictada por esta Corte mediante la sentencia T-103 de 2018, la Secretaría Departamental de Salud de Córdoba, a través de la Circular 363 de 2019, estableció que los traslados de los usuarios de Manexka EPSI se realizarían respetando la consulta previa.

En relación con la demanda de tutela, expone que, en primer lugar, la demandante no cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, toda vez que no acreditó que, en la actualidad, continúe desempeñándose como capitana menor de la respectiva comunidad indígena. Lo anterior toda vez que, según los documentos allegados en la demanda, dicho cargo lo ocuparía hasta el 31 de diciembre de 2019. Aunado a ello, tampoco se remitió poder o autorización para actuar en nombre de las personas que solicitan el traslado de EPS, ni se configuran los supuestos para concluir que se está actuando mediante

agencia oficiosa. En esa medida, manifiesta que, al no conocer la voluntad real de los usuarios indígenas, no puede proceder a su traslado.

En línea con lo expuesto, afirma que tampoco se encuentra acreditada la calidad de indígena de los usuarios de Cajacopi EPS, lo cual se verifica con el respectivo certificado expedido por el Ministerio del Interior que se basa en los censos que son reportados a dicha entidad por parte de las comunidades étnicas. Con base en ello, solicita se declare la improcedencia de la solicitud de tutela.

4.3. Mutual Ser EPS

La gerente regional Córdoba de Mutual Ser EPS-S, señala en primer lugar que, si bien la demandante manifiesta actuar en representación del Resguardo Indígena Zenú del municipio de Chinú, no expone las razones por las cuales estos se encuentran en imposibilidad de acudir a la jurisdicción constitucional. Aunado a ello, tampoco presentó poder para actuar en nombre de la comunidad, razón por la cual no se cumplen con los requisitos para la procedencia de la tutela. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, de los documentos anexos a la demanda, se desprende que su periodo como capitana menor de la comunidad de Santa Rosa finalizaba el 31 de diciembre de 2019.

Por otro lado, señala que en este caso existe cosa juzgada constitucional, toda vez que mediante sentencia T-103 de 2018 el asunto ya fue resuelto.

Asimismo, aduce que no evidencian notificación alguna a los entes de control ni a la EPS sobre el proceso de traslado que se pretende adelantar. A su vez, que la asamblea que alegan se llevó a cabo, y mediante la cual la comunidad pretendía escoger la entidad de su

preferencia para prestar los servicios de salud, se adelantó sin el lleno de los requisitos para ello. Lo anterior, toda vez que la respectiva acta fue firmada por tres capitanes, incluida la accionante, cuyos periodos finalizaban el 31 de diciembre de 2019. Razón por la cual no contaban con facultades para representar a la comunidad al momento en que se llevó a cabo la actuación, a saber, el 17 de agosto de 2020. En esa medida, sostiene que al no conocer la verdadera voluntad de este grupo étnico no sería posible adelantar el traslado solicitado.

Sumado a lo expuesto, manifiesta que ni la mencionada acta, ni los respectivos listados allegados contienen los datos mínimos necesarios para realizar el traslado, como lo son, nombres, género, ubicación geográfica y fecha de nacimiento. Por tanto, no es posible realizar una valoración adecuada de los mismos y determinar quienes se encuentran recibiendo atención hospitalaria, en “cohortes de alto riesgo”, o atención ambulatoria, entre otros aspectos.

Por otra parte, señala que “el Ministerio del interior a través de la circular externa (CIR14-000000038-DAI-2200), brinda directrices a fin de que las comunidades indígenas diligencien el nuevo formato para presentación del listado censal indígena, además, señala que dicha cartera Ministerial certificará la pertenencia a una comunidad indígena única y exclusivamente basado en los listados censales entregados a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, solamente cuando a raíz de un conflicto u otra causa fortuita no exista una autoridad indígena que pueda certificar la pertenencia a una comunidad indígena”.

A su vez, afirma que se debe informar que a AMBUQ EPS le fue revocada parcialmente su autorización de funcionamiento en el Departamento de Córdoba a partir del 1 de agosto de 2019. En consecuencia, no se encuentra facultada para realizar la afiliación masiva que se pretende en la demanda de tutela. Sostiene que dicha EPS es objeto de medidas preventivas impuestas por “el ente de vigilancia” debido a sus inconvenientes para prestar los servicios de salud, así como de varios procesos sancionatorios por la misma razón.

Finalmente, expone que en cumplimiento de la sentencia T-103 de 2018, la Secretaría de Salud del Departamento de Córdoba implementó una mesa permanente de concertación con los pueblos Emberá Katios y Zenú bajo la premisa de que para poder llevar a cabo los traslados entre EPS se debía respetar la consulta previa.

Con base en lo expuesto, solicita que se declare la improcedencia de la solicitud de tutela.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Chinú, Córdoba, mediante fallo del 4 de noviembre de 2020 resolvió declarar improcedente el amparo solicitado. Lo anterior, bajo el argumento según el cual, la accionante no se encuentra legitimada para presentar la solicitud de tutela, puesto que de las pruebas allegadas al expediente se evidenció que su periodo como capitana mayor de la comunidad de Santa Rosa, jurisdicción del Municipio de Chinú, finalizó el 31 de diciembre de 2019. Esto, según se evidencia en la certificación expedida por el Ministerio del Interior.

Afirma que, en virtud de lo señalado, al momento de la presentación de la tutela la demandante no tenía la calidad de representante de la comunidad indígena en cuestión. En consecuencia, no cuenta con capacidad legal para instaurar la solicitud de amparo a nombre de los cabildos antes citados y tampoco manifiesta actuar como agente oficiosa de sus

miembros.

El fallo no fue impugnado.

III. ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del 6 de octubre de 2021, la Sala consideró necesario recaudar algunas pruebas con el fin de verificar los supuestos de hecho que originan la presente solicitud.

Vencido el término otorgado para allegar lo solicitado, la secretaría de esta Corporación remitió al despacho las respuestas enviadas por el agente liquidador de AMBUQ EPS-S-ESS, y la subdirectora Técnico Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud.

Agente liquidador de AMBUQ EPS-S-ESS

El agente liquidador de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó AMBUQ EPS-ESS, en primer lugar, manifestó que mediante Resolución 1214 del 8 de febrero de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió la revocatoria total de la autorización de funcionamiento de AMBUQ EPS y ordenó la toma de posesión inmediata de sus bienes, haberes y negocios, así como su intervención forzosa para su liquidación.

Así, expone que el 1° de mayo de 2021 el Ministerio de Salud y Protección Social hizo efectivo el traslado de los afiliados de AMBUQ a otras EPS con capacidad administrativa, financiera y técnica para atenderlos, de conformidad con el Decreto 1424 de 2019. Sin embargo, el 6 de octubre del mismo año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Barranquilla, al resolver una solicitud de tutela, resolvió suspender la Resolución 1214 de 2021 y retrotraer todas las actuaciones que se habían adelantado como consecuencia de la liquidación, incluyendo el traslado de usuarios.

Bajo esa línea, afirma que no se encuentra prestando servicios de salud en el departamento de Córdoba, debido al proceso de liquidación y a la revocatoria de autorización de funcionamiento y aseguramiento de la población.

Frente al envío de las solicitudes que, aparentemente, habían sido remitidas a las entidades demandadas para lograr el traslado de usuarios, sostiene que este proceso se encuentra en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Interior, según lo establecido en el Decreto 1424 de 2021 y la Resolución 1214 de 2021, por medio de la cual se ordenó el traslado de afiliados de AMBUQ EPS con enfoque diferencial.

Superintendencia Nacional de Salud

La subdirectora técnico Defensa Jurídica de la entidad, sostiene que en cumplimiento de la Resolución 527 de 2017, por medio de la cual se ordenó la liquidación de Manexka EPSI, el Ministerio de Salud y el ADRES realizaron el debido traslado por asignación de la población que se encontraba en su momento afiliada a esa EPS. Esta se llevo a cabo con el insumo del archivo maestro BUDA el cual no incluye una variable que permita identificar el cabildo al cual pertenece el usuario indígena, dentro del sistema de seguridad social en salud, solo se connota su condición de indígena.

En relación con la capacidad de prestar servicios de salud de AMBUQ EPS-S, señala que esta

se encuentra en liquidación por orden de la Superintendencia Nacional de Salud (Resolución 1214 de 2021), razón por la cual no está habilitada para el aseguramiento de afiliados. Tampoco cuenta con condiciones administrativas y operacionales para atender a la comunidad demandante.

Según la entidad, como consecuencia de la mencionada liquidación, se había realizado el traslado de 767.477 usuarios; se finalizaron vínculos laborales de 582 trabajadores a “30 de septiembre”; se terminaron 978 contratos de prestación de servicios y 14 de arrendamiento de local comercial; se habían entregado 73 locales comerciales y se habían presentado 1683 acreedores al respectivo proceso.

Afirma que la decisión de liquidar la EPS se dio debido a que, por más de cuatro años, la superintendencia se vio en la necesidad de imponer medidas de vigilancia especial a dicha entidad y se otorgaron seis prórrogas sucesivas de estas medidas a fin de que esta mejorara sus indicadores. Sin embargo, los incumplimientos persistieron, situación que ponía en riesgo la salud de los afiliados y los recursos del sistema.

La comunidad indígena guardó silencio.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de la Sala Cuarta de Revisión, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto

por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestiones previas

Previo a analizar el fondo del asunto o de plantear el problema jurídico, se considera necesario abordar ciertas cuestiones previas. En primer lugar, dado que el gerente de Coosalud EPS S.A., manifestó que han recibido notificaciones de otras solicitudes de amparo, promovidas por otros líderes indígenas de la etnia Zenú en las que se exponen los mismos hechos y pretensiones, se debe analizar si, en este caso, se configura el fenómeno de la temeridad.

En segundo lugar, se debe estudiar si, tal como lo afirman algunas entidades accionadas, el asunto que se plantea en esta oportunidad ya fue resuelto por esta Corte mediante sentencia T-103 de 2018.

Finalmente, se debe hacer referencia a la legitimación en la causa por activa de la demandante, puesto que la supuesta falta de este requisito fue lo que llevó al juez de primera instancia a declarar improcedente el amparo. A su vez, se hará una breve referencia a la garantía de libre escogencia de EPS de las comunidades indígenas y, finalmente, a la carencia actual de objeto.

2.1. Ausencia de temeridad

Según lo establece el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la actuación temeraria se

configura cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma demanda de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales. En dicho caso, se deben rechazar o decidir desfavorablemente todas las solicitudes.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional de manera reiterada ha determinado los aspectos que se deben identificar para que se configure la temeridad, a saber:

1. Que se presente una identidad de procesos, esto es, que las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva tengan una triple identidad, a saber, se trata de las mismas partes, se plantean los mismos hechos y la misma solicitud.

3. Que en caso de presentarse una solicitud de tutela que pretenda ser diferente a una anterior con la que guarda identidad (a partir de un desarrollo argumentativo diferente) el juez constitucional acredite que, en realidad, los dos procesos tienen las mismas partes, se sustentan en las mismas razones y solicitud.

En relación con el primero se los aspectos señalados, esta Corte ha sostenido que el juez constitucional debe verificar la triple identidad entre las solicitudes de tutela instauradas. Bajo ese orden, se debe analizar si existe:

1. Identidad de partes, esto es, que las acciones de tutela se hayan presentado por la misma persona natural o jurídica o a través de su apoderado o representantes y se dirija contra el mismo demandado.

2. Identidad de causa petendi, es decir, que el ejercicio repetido de la acción de tutela se fundamente en los mismos hechos que le sirven de sustento.

3. Identidad de objeto, en otras palabras, que las demandas persigan la satisfacción de la misma pretensión o invoquen la protección de los mismos derechos fundamentales.

En el asunto bajo estudio, se advierte que, tal como lo afirma el gerente Coosalud EPS S.A., quienes presentaron las demás solicitudes de tutela fueron “otros líderes de la etnia Zenú” no específicamente los Cabildos Indígenas Zenú de Chinú, Córdoba, accionantes en la demanda de tutela que se estudia en esta oportunidad. En esa medida, si bien puede que las acciones de constitucionalidad a las que se refiere el representante de la mencionada EPS tengan pretensiones y hechos similares, en esta oportunidad no se verifica la identidad de partes, razón por la cual no se configura el fenómeno de la temeridad.

2.2. En esta oportunidad se estudian supuestos distintos a los analizados en la sentencia T-103 de 2018.

Como se mencionó anteriormente, algunas de las entidades demandadas sostienen que el asunto que ahora se estudia ya fue resuelto por esta Corte mediante sentencia T-103 de 2018. Sin embargo, luego del respectivo análisis, para esta Sala es claro que en esta última se estudiaron circunstancias fácticas distintas a las que ahora se evalúan.

En efecto, la tutela del 2018 se dirigió a cuestionar el traslado ordenado por la Superintendencia Nacional de Salud, como consecuencia de la liquidación de Manexka EPSI, sin haberse concertado con las comunidades indígenas afectadas. Mientras que, la presente solicitud de amparo tiene el fin de controvertir la negación del traslado a una entidad

escogida por los miembros del grupo étnico. En otras palabras, los problemas jurídicos de ambas solicitudes, así como los derechos alegados como vulnerados, son distintos. En una se pretende el amparo de la garantía a la consulta previa de los pueblos indígenas y, en la otra, se busca la protección del derecho a la salud relacionado con la libre escogencia de entidad prestadora de los respectivos servicios.

Así las cosas, el evidenciar que se trata de supuestos y pretensiones distintas, es claro que el asunto bajo estudio no fue resuelto mediante la sentencia T-103 de 2018.

2.3 Procedencia de la solicitud de tutela

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Carta, cualquier persona puede presentar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, una solicitud de tutela, en todo momento y en todo lugar, a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales que considere vulnerados o amenazados, ya sea por la actuación u omisión de una autoridad pública o de un particular. Esto último de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

De igual manera, el artículo 10 del citado decreto establece que la solicitud de tutela puede ser promovida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante un agente oficioso o (v) por el defensor del Pueblo o los personeros municipales.

Ahora, en lo que tiene que ver con la legitimación en la causa por activa, en solicitudes de

tutela que se promueven para la protección de los derechos de las comunidades indígenas, la jurisprudencia ha reconocido que, debido a su carácter colectivo, existen reglas especiales relacionadas con el mencionado requisito. Es así como se ha reconocido que tanto las autoridades tradicionales, como los miembros individuales de cada grupo étnico, se encuentran legitimados para ejercer esta acción constitucional en procura de sus garantías constitucionales.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que “la legitimación en la causa para la formulación de la acción de tutela está radicada en: (i) las autoridades ancestrales o tradicionales de la respectiva comunidad; (ii) los miembros de la comunidad; (iii) las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, y (iv) la Defensoría del Pueblo”.

Bajo ese orden, también se ha sostenido que, en estos casos y según el objeto de la solicitud, el consentimiento de las comunidades para presentar la solicitud de tutela se puede reconocer a partir de la presunción de buena fe, principio que ampara las actuaciones de los particulares, según lo establecido en el artículo 83 de la Constitución. De igual manera se debe tener presente que la exigencia de ciertos formalismos en sede de tutela puede derivar en un difícil acceso a la administración de justicia de estas comunidades.

Ahora, en vista de que el asunto bajo estudio gira en torno a la solicitud de traslado de EPS de la comunidad indígena en cuestión, se debe traer de presente lo establecido en la Ley 691 de 2001. Esta, en su artículo 5 establece que:

“Los miembros de los Pueblos Indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos:

1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo.
2. Que sea servidor público.
3. Que goce de pensión de jubilación.

Las tradicionales y legítimas autoridades de cada Pueblo Indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas”.

A su vez, el artículo 17 de dicha ley dispone que: “Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

Cualquier hecho conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo y en este evento se contará con 45 días hábiles para el traslado”.

Lo anterior resulta pertinente puesto que, si bien las garantías de las comunidades se protegen de manera colectiva, se podría llegar a pensar que, en particular, el traslado de EPS es un derecho que los miembros de estos grupos pueden ejercer de manera individual. No obstante, como se observó, la afiliación al sistema de seguridad social en salud de dichos pueblos es colectiva, de allí que su protección también pueda ser promovida por las respectivas autoridades tradicionales o miembros de la comunidad.

En efecto, esta Corte ya ha reconocido la legitimación en la causa por activa de las autoridades indígenas y de los miembros de la comunidad para solicitar la protección de sus

derechos a la salud y a la seguridad social. En específico, cuando la pretensión gira en torno al traslado de entidades promotoras de salud. Así, la jurisprudencia constitucional al referirse al requisito de legitimación en la causa por activa en casos como el que se estudia en esta oportunidad, se ha remitido a la sentencia SU- 383 de 2003, en la que se sostuvo lo siguiente:

“(…) vale recordar que esta Corporación ha reconocido legitimación en los integrantes de los pueblos en comento, como también en las Organizaciones que los agrupan (…).

Lo anterior, puesto que si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7º, 286, 287, 329 y 330 C.P” (SIC)

Así, teniendo en cuenta todo lo expuesto, se advierte que en el caso bajo estudio, se adelantaron algunos de los pasos establecidos en la ley para llevar a cabo el traslado solicitado. En efecto, se llevó a cabo una asamblea en agosto del 2020 con ese fin, y en la que definieron su traslado a AMBUQ EPS. Ahora, si bien el periodo de la demandante había finalizado para ese momento, no se tiene certeza sobre la duración del periodo como capitanes de los demás firmantes del documento. En consecuencia, dado que (i) es un derecho que se puede ejercer de manera colectiva, (ii) hubo actuaciones de la comunidad en ese sentido y, (iii) si bien ahora la accionante es un miembro de la comunidad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional al respecto, se puede concluir que la

demandante, en este caso, se encuentra legitimada en la causa para promover la solicitud de tutela bajo estudio.

Legitimación en la causa por pasiva e inmediatez

En vista de que las accionadas en esta oportunidad son entidades que prestan el servicio público de salud, se satisface el requisito de legitimación en la causa por pasiva. En cuanto al requisito de inmediatez, se advierte que en la demanda se sostuvo que los días 6 y 7 de octubre de 2021, AMBUQ EPS remitió las respectivas solicitudes de traslado a las entidades accionadas obteniendo una respuesta negativa. La solicitud de tutela, según acta de reparto que consta en el expediente, fue presentada el día 21 de ese mismo mes y año, lapso que se considera razonable para promover la solicitud de amparo.

Subsidiariedad

Como lo ha reiterado en múltiples pronunciamientos esta Corte, la acción de tutela, por regla general, tiene un carácter subsidiario lo que implica esta procede en aquellos casos en los que, quien solicita la protección de sus derechos, no cuente con otro mecanismo de defensa idóneo y efectivo, o; aunque existiendo este medio se acuda a la tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora, se debe resaltar a su vez que, en los eventos en los que quien solicita el amparo de los derechos es un sujeto de especial protección constitucional, como consecuencia de sus condiciones de vulnerabilidad, esta Corte ha sostenido que puede resultar excesivo exigir soportar la carga de lograr el agotamiento normal de un proceso ante la jurisdicción ordinaria.

En efecto, como se ha reiterado en múltiples ocasiones, este tribunal considera que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional, y la acción de tutela el mecanismo judicial adecuado y preferente para la salvaguarda de sus derechos. Es así como en sentencia SU-217 de 2017 se afirmó que:

“Los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional (arts. 7, 10, 70, entre otros; Convenio 169 de la OIT), pues se encuentran en situación de vulnerabilidad y tienen el derecho a que el Estado revierta los procesos históricos en que la sociedad mayoritaria ha amenazado sus modos de vida, produciendo incluso la extinción de diversos pueblos. Como lo ha indicado la Corte, esta afirmación obedece a (i) la existencia de patrones aún no superados de discriminación, que afectan a los pueblos y las personas étnicamente diversas; (ii) la presión que la cultura mayoritaria ejerce sobre sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía o, en términos amplios, su modo de vida bueno (usualmente denominado cosmovisión); y (iii) la especial afectación que el conflicto armado del país ha generado en las comunidades indígenas y otros grupos étnicamente diversos, entre otros motivos, por el despojo o uso estratégico de sus tierras y territorios, aspecto grave en sí mismo.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas”.

En consecuencia, según lo expuesto, se advierte que en este caso también se cumpliría el requisito de subsidiariedad.

3. Breve referencia sobre el derecho fundamental a la salud de las comunidades indígenas (traslado de EPS)

El Convenio 169 de la OIT establece que la garantía de la seguridad social debe extenderse de manera progresiva a las comunidades indígenas sin discriminación alguna. A su vez, entre otras, dispone que los servicios de salud, en la medida de lo posible, deben organizarse a nivel comunitario y planearse y administrarse en cooperación con dichos grupos étnicos a fin de tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales. En igual sentido, tener presente sus métodos de prevención, medicamentos tradicionales y prácticas curativas.

Así, en línea con lo anterior y, como se mencionó anteriormente, mediante la Ley 691 de 2001 se reglamentó la participación y el acceso de las comunidades indígenas al sistema de salud. En esta, a su vez, se determina que, aunado a los principios que rigen el sistema general de seguridad social, se deben aplicar los de diversidad étnica y cultural, por lo que en su desarrollo se deben observar y respetar las tradiciones y especificidades culturales y sociales para el desarrollo armónico de estos pueblos.

En consecuencia, los planes de beneficios en salud se tienen que adecuar a las necesidades de las comunidades étnicas y, a su vez, garantizar el acceso a los respectivos servicios en condiciones de igualdad y de acuerdo con sus costumbres, cosmovisiones y valores tradicionales. Asimismo, se dispone que los miembros de esta población participarán como afiliados al régimen subsidiado, excepto en aquellos casos en los que se cuente con contrato de trabajo, sean servidores públicos o gocen de pensión de jubilación.

En igual sentido, la mencionada ley establece, entre otros, los modos de financiación, el deber del Estado de garantizar la continuidad en la afiliación de los miembros de estas comunidades y, a su vez, en su artículo 17 señala la facultad de las comunidades para escoger de manera libre a que entidad promotora de salud afiliarse o trasladarse.

Al respecto, esta Corte ya ha sostenido que negar el traslado colectivo a una EPS de una comunidad indígena cuando se cumplen los requisitos legales para ello, vulnera sus derechos

fundamentales a la salud, entre otros. En efecto, en sentencia T-920 de 2011, reiterada en la SU-092 de 2019, se concluyó que “la Alcaldía Municipal de Rosas -Cauca- había vulnerado los derechos a la salud y a la consulta previa de la comunidad de Intiyaku de Rosas, al negar su traslado colectivo a una EPS indígena. Este Tribunal sostuvo que la autoridad administrativa no podía negar la solicitud del pueblo indígena, toda vez que se acreditaban los requisitos legales para ello y debía respetarse su derecho a “gozar de un sistema de salud conforme a su identidad cultural”.

En consecuencia, para este tribunal es claro que la posibilidad de trasladarse y de escoger libremente qué entidad de salud va a prestar los respectivos servicios, es una garantía que debe ser protegida como parte del derecho a la salud de las comunidades indígenas.

Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia

Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte, existen eventos en los que debido al desaparecimiento o modificación de las circunstancias que sirvieron de fundamento para presentar la solicitud de tutela, esta pierde su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial. En esa medida, estas situaciones llevan a que se configure una carencia actual de objeto.

En efecto, desde sus primeros pronunciamientos, este tribunal ha sostenido que el fin de la acción de tutela es lograr una protección efectiva de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados, lo cual justifica la necesidad de que el juez adopte una decisión. Sin embargo, puede ocurrir que posterior a acudir al operador judicial la situación haya sido superada o de alguna manera resuelta y, por tanto, no tendría sentido un pronunciamiento, puesto que la respectiva orden caería en el vacío, configurándose así una carencia actual de objeto. Ahora, se ha reconocido a su vez que “[e]llo no obsta para que, en casos particulares, la Corte Constitucional aproveche un escenario ya resuelto para, más allá del caso concreto,

avanzar en la comprensión de un derecho -como intérprete autorizado de la Constitución Política- o para tomar medidas frente a protuberantes violaciones de los derechos fundamentales”.

En esa línea, esta Corte ha reconocido que la carencia actual de objeto se puede dar por tres categorías, a saber: (i) el hecho superado, (ii) el daño consumado y (iii) el hecho sobreviniente.

En relación con el hecho superado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se configura en aquellos casos en los que lo pretendido vía tutela ha sido satisfecho debido al actuar del ente accionado. Es decir, aquello que se pretendía obtener mediante la orden del judicial sucedió antes de adoptar el respectivo fallo. Así, se ha reconocido que cuando esto ocurre, el juez constitucional debe verificar que: (i) se haya satisfecho por completo lo solicitado mediante la tutela y; (ii) que la entidad demandada, voluntariamente, sea quien haya cumplido con la respectiva pretensión.

A su vez, se debe precisar que, en caso de que al momento de presentación de la solicitud de tutela se tenga certeza de que el daño ya se generó, el operador judicial debe declarar improcedente el amparo. Sin embargo, si la afectación ocurre durante el trámite judicial, independientemente de la etapa, se pueden emitir órdenes con el fin de proteger la dimensión objetiva del derecho, y evitar que dichas situaciones se repitan. En igual sentido, en el escenario del daño consumado, la afectación debe ser irreversible pues, de lo contrario, no se configuraría una carencia actual de objeto.

Finalmente, el hecho sobreviniente se refiere a aquellos eventos que no se enmarcan en las otras dos categorías y cubre cualquier “otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío” . Este se configura cuando: (i) el demandante asume

una carga que no le correspondía para lograr la pretensión planteada; (ii) un tercero -distinto a las partes de la tutela- es quien logra que se supere la situación vulneradora; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada o; (iv) el accionante ha perdido interés en el objeto de la demanda.

Análisis del caso concreto. Carencia actual de objeto

Como se señaló en líneas anteriores, el 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes y negocios de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre, así como su intervención forzosa para su liquidación. En consecuencia, se procedió al traslado de afiliación en salud de miembros de esta comunidad indígena a las EPS, Cajacopi, Mutual Ser y Nueva EPS,

Posteriormente, la representante del Resguardo Indígena Zenú, en el municipio de Chinú, manifestó que el 17 de agosto de 2020, se realizaron “asambleas de autoridades indígenas” en las que se tomó la decisión de llevar a cabo el traslado de EPSs. A su vez, seleccionaron a AMBUQ EPS-S, como la entidad encargada de prestar los respectivos servicios de salud. Decisión que, según se afirma, notificaron el 30 de septiembre de ese mismo año a la Dirección Local de Salud de la Secretaría de Salud de Córdoba y a AMBUQ EPS.

Según se precisa en la demanda, AMBUQ EPS los días 6 y 7 de octubre de 2020 solicitó a las EPS Cajacopi, Mutual Ser, Coosalud y Nueva EPS el traslado de miembros pertenecientes a las comunidades del resguardo Zenú. Sin embargo, dicha solicitud fue negada.

La demandante considera que dicha negativa desconoce el artículo 17 de la Ley 691 de

2001, entre otras normas sobre la materia y, por ende, su derecho a la libre escogencia de entidad promotora de servicios de salud, así como lo establecido en el Convenio 169 de la OIT al respecto.

Por su parte, las entidades demandadas sostuvieron que el traslado solicitado no se puede llevar a cabo toda vez que, ni AMBUQ EPS ni la comunidad accionante allegaron la información necesaria para ello, en tanto no había claridad respecto de cuantas personas y quiénes serían objeto de traslado, o los datos necesarios para identificarlos.

De otro lado, en sede de revisión, el agente liquidador de AMBUQ EPS expuso que mediante Resolución 1214 del 8 de febrero de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió la revocatoria total de la autorización de funcionamiento de dicha entidad y ordenó la toma de posesión inmediata de sus bienes, haberes y negocios y su intervención forzosa para su liquidación.

A su vez, sostuvo que esa EPS no se encontraba en capacidad de prestar los servicios de salud a la comunidad demandante, puesto que ya habían iniciado las respectivas labores para dar cumplimiento a la orden dictada por la superintendencia, dentro de las cuales se encuentra la terminación de contratos de prestación de servicios de salud y cierre de sedes administrativas. Afirmó que, en consecuencia, no se encuentra prestando servicios de salud en el departamento de Córdoba, debido al proceso de liquidación y a la revocatoria de autorización de funcionamiento y aseguramiento de la población.

En igual sentido, la subdirectora técnico Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, manifestó que, debido a la orden de liquidación, AMBUQ EPS no se encuentra habilitada para el aseguramiento de afiliados. Tampoco cuenta con condiciones administrativas y operacionales para atender a la comunidad demandante. En efecto, en su intervención expuso que se había realizado el traslado de 767.477 usuarios; se finalizaron

vínculos laborales de 582 trabajadores a “30 de septiembre”; se terminaron 978 contratos de prestación de servicios y 14 de arrendamiento de local comercial; se habían entregado 73 locales comerciales y se habían presentado 1683 acreedores al respectivo proceso.

Así las cosas, es claro que la comunidad indígena tiene derecho a realizar el traslado colectivo a otra EPS de su preferencia, en virtud de lo establecido la Ley 691 de 2001 y lo señalado por la jurisprudencia de esa Corte. No obstante, lo cierto es que en este caso resulta imposible para la Sala proferir alguna orden al respecto. Esto, dado que la pretensión de la demanda de tutela que gira en torno a la autorización de traslado a AMBUQ EPS, no se puede atender porque dicha entidad actualmente no se encuentra habilitada para afiliar usuarios, por la orden de liquidación dictada por la Superintendencia Nacional de Salud.

Así, en vista de que es imposible dictar la orden de traslado solicitado por la comunidad se configura una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente por una actuación que no es atribuible a las EPS demandadas, sino a lo resuelto por la Superintendencia Nacional de salud en Resolución 1214 del 8 de febrero de 2021, a saber, la revocatoria total de la autorización de funcionamiento de dicha entidad y la toma de posesión inmediata de sus bienes, haberes y negocios y su intervención forzosa para su liquidación.

Ahora, esta Sala reconoce que el deseo de cambiar de EPS de la comunidad demandante pueda persistir. Sin embargo, al no tener certeza sobre el asunto y dado que en sede de revisión no se obtuvo pronunciamiento de la comunidad, tampoco es acertado emitir una orden al respecto.

Con base en lo anterior, se instará a la Defensoría del Pueblo, para que se ponga en contacto con la comunidad demandante y, en caso de que aun deseen hacer el respectivo traslado de EPS, realice el acompañamiento correspondiente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Chinú, Córdoba, el 4 de noviembre de 2020, mediante la cual se resolvió declarar improcedente el amparo solicitado, en el trámite de la solicitud de tutela promovida por Mirian Isabel Montiel Mora, en calidad representante de los Cabildos Indígenas Zenú de Chinú, Córdoba, contra EPS Mutual Ser, Nueva EPS, Cajacopi y Coosalud.

SEGUNDO. DECLARAR la CARENIA ACTUAL DE OBJETO, por las razones expuestas en esta providencia

TERCERO. INSTAR a la Defensoría del Pueblo, para que, en el término de máximo 30 días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, adelante las actuaciones necesarias con la comunidad demandante y, en caso de que aun deseen hacer el respectivo traslado de EPS, realice el acompañamiento correspondiente.

CUARTO. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del

Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

A LA SENTENCIA T-179/22

Expediente: T-8.216.479

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Cuarta de Revisión, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Comparto la decisión de declarar la carencia actual de objeto en el presente asunto. Sin embargo, considero que la Sala debió examinar, con mayor profundidad, si la solicitud de tutela satisfacía el requisito de legitimación en la causa por activa. Esto, por cuanto los documentos que obran en el expediente no dan cuenta de que Mirian Isabel Montiel Mora sea, de manera clara e inequívoca, la representante de 3.328 indígenas pertenecientes al resguardo indígena de Zenú, Córdoba.

En particular, el “acta de asamblea general de comunidades indígenas” no prueba que la señora Montiel tenga la calidad de representante de la comunidad. Esto es así, por cuanto (i) solo está suscrita por Mirian Isabel Montiel Mora y dos personas más; (ii) no acredita, siquiera de manera sumaria, que dichas personas sean representantes de la comunidad y, por último, (iii) no habilita a la accionante para ejercer la representación de la comunidad. Por lo demás, la sentencia T-713 de 2011, que fue citada por la Sala de Revisión en la decisión sub examine, parte de premisas fácticas que difieren del presente asunto. En efecto, en dicha decisión, la Sala Novena de Revisión sí constató, con base en 138 escritos allegados, que los accionantes representaban a sus familias.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada