

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Configuraci3n

La Corte Constitucional ha identificado tres elementos que permiten advertir cu3ndo se configura el fen3meno de la cosa juzgada: identidad jur3dica de las partes, identidad de causa e identidad de objeto.

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

Esta Sala considera que existe cosa juzgada constitucional en lo que se refiere a la solicitud de que se otorgue un tratamiento integral, oportuno y de calidad al menor, por presentarse la triple identidad de partes, objeto y causa. Concordando as3, de manera parcial, con el juez de instancia. Sin embargo, se advierte que no existe cosa juzgada sobre la pretensi3n del reconocimiento y pago del servicio de transporte, como quiera que se trata de una petici3n que no hab3a sido puesta en conocimiento de un juez de tutela previamente, y que no puede entenderse incorporada dentro de la noci3n de tratamiento integral.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales

Esta Corte ha reiterado en su jurisprudencia que la acción de tutela, aunque es un mecanismo residual y subsidiario, puede resultar procedente para exigir la prestación de servicios de salud, siempre que el servicio: “(i) se encuentre contemplado en el POS [actual Plan de Beneficios en Salud “ PBS], (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud”.

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

ACCION DE TUTELA PARA CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

La accionante no agotó los mecanismos administrativos y jurisdiccionales para resolver su solicitud, y tampoco logró acreditar la existencia de una afectación grave e inminente a los derechos fundamentales del agenciado.

Referencia: expediente: T-7.757.261

Acción de tutela instaurada por Ana Helda Arguello Rangel en representación del menor Jerson Alejandro Durán Arguello contra Comparta EPS

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. Hechos. La señora Ana Helda Arguello, de 25 años de edad, se encuentra afiliada a Comparta EPS como madre cabeza de familia, junto con su hijo menor de edad, Jerson Alejandro Durán Arguello, quien padece epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos generalizados, desde hace más de 2 años¹. Como consecuencia de dicha enfermedad, a Jerson Alejandro se le han efectuado una serie de terapias y exámenes, a fin de minimizar el daño en su normal desarrollo y mejorar su calidad de vida².

1. El 7 de octubre de 2019, la médica tratante de Jerson Durán le ordenó³ un tratamiento consistente en 12 terapias ocupacionales integrales y 12 terapias fonoaudiológicas integrales Sod³. Asimismo, dispuso que el menor debía asistir a control médico 3 meses después, una vez finalizadas todas las terapias⁴.

1. Solicitud de tutela. El 16 de octubre del mismo año, Ana Helda Arguello, a nombre propio y en representación de su hijo, interpuso una acción de tutela contra Comparta EPS por considerar vulnerados los derechos fundamentales del menor a la vida en condiciones dignas, a la salud, y a la seguridad social. Esto, por cuanto «no es justo que por las demoras administrativas de una entidad prestadora de salud, deba esperar 1, 2, 3 o más meses para que examinen a [su] hijo estando en la condición en la que está»⁵.

1. Asimismo, en el escrito de tutela la accionante manifestó que no cuenta con recursos suficientes para transportarse desde su residencia, ubicada en la vereda de Palonegro «Lebrija, hasta Bucaramanga, para acudir a las terapias ordenadas a su hijo por la médica tratante, pues es una mujer de escasos recursos, que debe dedicar su tiempo al cuidado de su hijo y a trabajar en labores ocasionales»⁶.

1. Por ese motivo, la señora Arguello solicitó que se ordenara a Comparta EPS: i) «[iniciar de forma inmediata con las terapias de [su] hijo ya que de eso depende su mejora; ii)[brindar] un tratamiento INTEGRAL, OPORTUNO Y CON CALIDAD, así como también todos los tratamientos y procedimientos que se deriven del mismo tratamiento, dado que [su] enfermedad y [su] condición actual no dan espera a que los trámites administrativos decidan; y iii) dar orden a COMPARTA para que [se le] asigne el transporte de [su] hijo para las terapias, ya que [su] condición económica es precaria y en ocasiones no cuenta con recursos para llevarlo»⁷.

1. Respuesta de las entidades accionadas. El Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Lebrija «Santander admitió la acción de tutela contra Comparta EPS, y vinculó al trámite constitucional a la Secretaría de Salud Departamental y a la Clínica Materno Infantil San Luis, por considerar que podrían verse afectadas con el resultado del proceso»⁸.

1. El 23 de octubre de 2019, la Secretaría de Salud Departamental solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. Señaló que, «la EPS-S accionada no puede desligarse de su obligación de PROVEER TODO LO NECESARIO para el cumplimiento de la atención integral Oportuna (sic) del menor JERSON ALEJANDRO DURAN ARGUELLO pues finalmente es deber de la E.P.S eliminar todos los obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios que requieren».

1. En cuanto al servicio de transporte requerido por la accionante, la Secretaría de Salud manifestó que, «la corte constitucional (sic) ha sido enfática en establecer, que son las EPS las encargadas de subsidiar TODOS los servicios pues debe tenerse en cuenta que la necesidad de este tipo de servicios es derivada de la carencia de personal médico, instalaciones, entre otros, por la EPS en la municipalidad donde residen los accionantes, por tal motivo no se pueden trasladar las cargas administrativas a los pacientes, mucho menos cuando carecen de medios económicos para trasladarse».

1. La IPS Clínica San Luis también solicitó su desvinculación de la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva dado que «NO [había] vulnerado derecho fundamental alguno del menor accionante (sic) y a que la obligación de la autorización y suministro del transporte requerido por el accionante recae sobre COMPARTA EPS».

1. Por último, Comparta EPS manifestó que «el agenciado ya cuenta con un fallo de tutela en firme por los mismos hechos, en el que se otorgó la atención médica integral, orden de tutela que fue emitida por el Juez decisor Civil Municipal de Bucaramanga, mediante fallo del 13 de marzo de 2018, por lo que resultan improcedentes las

pretensiones del escrito de tutela. Asimismo, solicitó al juez de instancia que vinculara a la Secretaría de Salud Departamental y le ordenara “brindar directamente la totalidad de los costos y servicios no PBS-S y EXCLUIDOS DEL PBS-S que requiera el paciente”, por considerar que esta entidad se encuentra obligada a ello por mandato legal¹².

1. Decisión de Única instancia objeto de revisión. El 29 de octubre de 2019, el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija 13 declaró improcedente la acción de tutela presentada por la señora Arguello por existencia de cosa juzgada. El Juez concluyó que las partes, hechos y pretensiones puestas a su consideración en este caso guardaban identidad con el asunto decidido en la sentencia del 13 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado 16 Civil Municipal de la ciudad de Bucaramanga, y confirmada por el Juzgado 9 Civil del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se ordenó el tratamiento integral del menor Jerson Alejandro Durán.

1. Asimismo, el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija manifestó que “no se considera la existencia de temeridad en el actuar de la accionante, ya que no observamos que su actuar sea doloso y de mala fe; el porqué de la improcedencia de la acción es claro y es que aunque la orden referenciada data de este mes y año, son resultado del mismo diagnóstico por el cual se interpuso acción tutelar [anterior]”¹⁴.

1. Esta decisión no fue impugnada. Por lo que, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, el expediente correspondiente al radicado 7.757.261 fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión.

1. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

1. Pruebas decretadas

1. Mediante auto del 17 de marzo de 2020 se requirirá a la señora Ana Helda Arguello Rangel para que informara si su hijo Jerson Durán, había podido acudir de forma oportuna a las consultas médicas de control y terapias ordenadas el 7 de octubre de 2019. De igual forma, se requirirá a la accionante informar si había solicitado directamente a Comparta EPS el servicio de transporte para Jerson Alejandro, y si había presentado incidente de desacato ante el Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga. Por último, se le solicitará información sobre su red de apoyo familiar, particularmente, respecto de la actividad económica e ingresos de su esposo.

1. Asimismo, se pedirá a Comparta EPS que informara si ha garantizado el acceso oportuno de Jerson Durán a las consultas médicas y terapias necesarias para el tratamiento de su síndrome, incluido el servicio de transporte requerido por la accionante.

1. Se consultará a la Secretaría de Salud Departamental si la accionante había solicitado el pago del servicio de transporte para Jerson Durán, a fin de asistir a las terapias y controles ordenados por la médica tratante. Asimismo, se le pedirá que informara si había recibido solicitud de recobro por parte de Comparta EPS, por los servicios de transporte garantizados a Jerson Durán y a su madre Ana Helda Arguello, para recibir el tratamiento mencionado.

1. También, se pedirá a la IPS Clínica San Luis que informara si Jerson Alejandro Durán había asistido a los controles y terapias ordenadas, y si había recibido atención adicional por parte del personal médico de la IPS. De igual forma, se le requirirá para que, en caso de que la respuesta fuera afirmativa, aportara la historia clínica y las órdenes médicas correspondientes.

1. Por último, se requirirá al Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga para que informara si se había adelantado incidente de desacato en la tutela Rad. 68001 4003 016 2018 00121 00 promovida por la Accionante contra Comparta EPS. Además, se le solicitará informar sobre el estado actual del proceso, las multas, órdenes de arresto y demás medidas proferidas hasta la fecha para lograr el cumplimiento del fallo por parte de la EPS.

1. El 27 de marzo de 2020, en llamada telefónica con el Despacho del magistrado sustanciador, la señora Ana Helda Arguello indicó que: (i) el núcleo familiar del menor está compuesto por ella, su esposo y otro hijo, (ii) su esposo trabaja como agricultor en el terreno del “patrón”, y es quien, con adelantos de salario solicitados a su empleador, ha financiado el transporte de ella y su hijo a Bucaramanga, (iii) Jerson Alejandro ha asistido a un número importante de terapias. También informó que Comparta EPS-S nunca le otorga el servicio de transporte a su hijo Jerson Alejandro¹⁶.

1. El 23 de abril de 2020, Comparta EPS-S dio respuesta al requerimiento efectuado por esta Sala, mediante oficio firmado por Fabio José Pacheco en calidad de Gestor jurídico de Tutelas. Dicha entidad indicó que: (i) la señora Ana Helda Arguello no había solicitado a Comparta EPS-S la asignación del servicio de transporte para asistir a tratamientos médicos, (ii) las terapias se suministraron en la “IPS REHABILITDEMOS LTDA” hasta el 16 de marzo de 2020, (iii) la prestación del servicio fue suspendido a solicitud de la accionante, quien informó a la IPS que, “no asistirá por evitar exponerse al problema de salud que está viviendo el país por el COVID 19, por lo que continuará el tratamiento una vez se solucione la situación de emergencia”, y por último, que (iv) la EPS ha autorizado y suministrado varios servicios adicionales que ha requerido el menor en los últimos meses, incluidos radiologías, medicamentos, fisioterapias, laboratorios clínicos, entre otros ¹⁷.

1. La Secretaría de Salud Departamental, la IPS Clínica San Luis y el Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga, guardaron silencio ante los requerimientos efectuados por esta Sala.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Objeto de la decisión y metodología de análisis

1. La acción de tutela presentada por la señora Ana Helda Arguello en nombre y representación de su hijo Jerson Alejandro Durán, en contra de Comparta EPS, plantea principalmente dos pretensiones: i) que se le otorgue tratamiento integral, oportuno y de calidad a su hijo menor de edad para tratar el diagnóstico de epilepsia y de síndromes epilépticos idiopáticos; y ii) que se le autorice a su hijo el servicio de transporte como medio de acceso al derecho a la salud, lo que se concreta en el caso bajo examen, en la provisión del transporte para la asistencia a 24 terapias ordenadas por la médico tratante.

1. Corresponde a esta Sala de revisi3n determinar, en primer lugar, la existencia de cosa juzgada y de temeridad en la presentaci3n de la acci3n, en atenci3n a que el juez de 1nica instancia constat3 la existencia de otra tutela impetrada por la actora en el 201818.

1. En segundo lugar, de no acreditarse la existencia de cosa juzgada o de acreditarse de manera parcial, proceder3 esta Sala a efectuar el an3lisis de procedibilidad de la acci3n, y de ser el caso, a decidir el fondo del asunto.

1. Existencia de cosa juzgada y temeridad en el proceso constitucional

1. Seg3n lo ha reiterado la Corte Constitucional al referirse al inciso primero del art3culo 243 de la Constituci3n, la acci3n de tutela se encuentra sujeta a los par3metros de la cosa juzgada. As3, las sentencias proferidas por las salas de revisi3n de tutelas de la Corte Constitucional hacen tr3nsito a cosa juzgada. Igual sucede con las sentencias de tutela que no son seleccionadas para revisi3n por la Corporaci3n19.

1. La cosa juzgada es una instituci3n jur3dico procesal que hace inmutables, vinculantes y definitivas las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias20. Busca asegurar que las controversias que ya han sido decididas por las autoridades judiciales competentes no sean reabiertas, y garantiza la seguridad jur3dica de los fallos judiciales21.

1. La Corte Constitucional ha identificado tres elementos que permiten advertir cu3ndo se configura el fen3meno de la cosa juzgada: identidad jur3dica de las partes22, identidad de causa23 e identidad de objeto24. La Sala proceder3 a evaluar si, en el caso bajo examen,

concurren los 3 elementos que identifican la cosa juzgada constitucional.

1. Identidad jurídica de las partes. En la sentencia proferida por el Juzgado 16 Civil Municipal de la ciudad de Bucaramanga, se advierte que el proceso de tutela fue iniciado por la señora Ana Helda Arguello, en nombre y representación de Jerson Alejandro Durán, en contra de Comparta EPS, y con vinculación de la Secretaría de Salud²⁵. Partes procesales que coinciden con la acción de tutela que se encuentra bajo revisión. Aunque en ambos procesos los jueces de conocimiento vincularon a partes adicionales a las ya mencionadas, la Sala encuentra que persiste la identidad de partes en el presente caso, pues la jurisprudencia de esta Corte ha indicado que la existencia de variaciones o alteraciones parciales en las partes procesales no es razón suficiente para no concluir la existencia de cosa juzgada²⁶.

1. Identidad de causa²⁷. La Sala evidencia que los hechos que fundamentaron las pretensiones de la acción de tutela fallada por el Juzgado 16 Civil Municipal de la ciudad de Bucaramanga, se refieren al diagnóstico de epilepsia y síndromes epilépticos de Jerson Alejandro Durán. En efecto, en dicha oportunidad la señora Ana Helda manifestó que el médico tratante había ordenado una serie de tratamientos farmacológicos para manejar de manera integral la enfermedad, los cuales no habían sido suministrados por la EPS²⁸.

1. El fundamento fáctico anterior coincide, en parte, con el presentado en la acción de tutela bajo revisión, como quiera que la accionante pretende que se brinde un tratamiento integral, oportuno y de calidad a su hijo, en razón de la epilepsia y los síndromes epilépticos que le fueron diagnosticados.

1. Por tal motivo, esta Sala considera que existe identidad de causa, al estar las pretensiones de la accionante fundamentadas, en ambos casos, en el hecho mismo de la epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos diagnosticados a su hijo, cuyo tratamiento,

aparentemente, no ha sido facilitado por Comparta EPS29.

1. Por último, respecto de la identidad de objeto 30, en la acción de tutela conocida por el Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga, la accionante solicitó la protección de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida de Jerson Alejandro Durán Arguello. Por lo que requirió que el juez de tutela amparara las garantías constitucionales [de tratamiento integral] y [ordenara] a COMPARTA EPS-S, autorizar y entregar inmediatamente los medicamentos, en los términos prescritos por el galeano (sic) [sic] 31.

1. Esta petición coincide, en parte, con la presentada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija, por cuanto la señora Ana Helda Arguello solicitó la protección de los mismos 3 derechos, requiriendo el tratamiento integral, oportuno y de calidad para el menor. No obstante, en esta oportunidad, la accionante añadió a su solicitud la necesidad de que se le autorice el servicio de transporte a su hijo, a fin de que pueda asistir a las terapias ordenadas por la médico tratante. Por lo que se concluye que existe triple identidad de partes, objeto y causa.

1. En lo que respecta al análisis de temeridad, esta Corporación ha manifestado que el juez constitucional no puede únicamente basarse en el hallazgo de la triple identidad de partes, hechos y pretensiones para declarar su existencia. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, para poder decretar la temeridad, el juez debe advertir: (i) la presencia de un elemento volitivo negativo32 en la presentación de la acción, es decir, que esta se ejerza con mala fe o dolo del accionante, y (ii) la ausencia de justificación razonable y objetiva33.

1. Esta Corporación ha reconocido que en algunas circunstancias se justifica la presentación de múltiples tutelas por parte de un actor34. Particularmente, en los asuntos relacionados con el acceso y protección del derecho a la salud, la Corte ha determinado que,

para determinar la existencia de temeridad o la necesidad de presentar una nueva acción, el juez deberá tener en cuenta: (i) el surgimiento de circunstancias fácticas adicionales y (ii) la urgencia con la que el accionante requiera el servicio que solicita³⁵.

1. En vista de lo anterior, esta Sala advierte que en el caso bajo examen no es posible considerar que la señora Ana Helda Arguello haya actuado con temeridad en la interposición de la acción. Primero, porque, aunque la accionante trae nuevamente a colación una pretensión que ya le haba sido favorable, no es posible identificar un elemento negativo, doloso o fraudulento en su intención. Segundo, porque la petición relacionada con la provisión del transporte para el menor es novedosa y se basa en hechos sobre los cuales el juez constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse.

1. En consecuencia, esta Sala considera que existe cosa juzgada constitucional en lo que se refiere a la solicitud de que se otorgue un tratamiento integral, oportuno y de calidad al menor, por presentarse la triple identidad de partes, objeto y causa. Concordando así, de manera parcial, con el juez de instancia. Sin embargo, se advierte que no existe cosa juzgada sobre la pretensión del reconocimiento y pago del servicio de transporte, como quiera que se trata de una petición que no haba sido puesta en conocimiento de un juez de tutela previamente, y que no puede entenderse incorporada dentro de la noción de tratamiento integral, contrario a lo interpretado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija.

1. La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dispuesto que el tratamiento integral tiene por objeto que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud autoricen la práctica y entrega de medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes y controles, que sean considerados necesarios por el médico para tratar la patología del paciente³⁶, sin que les sea posible fraccionarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan³⁷.

1. En ese sentido, no es posible considerar que la noción de tratamiento integral incluye el

reconocimiento y pago del servicio de transporte, dado que, si bien este puede constituir un elemento necesario para el acceso al derecho a la salud de los pacientes, lo cierto es que, dependiendo de los elementos que sean identificados en cada caso en particular, el costo de este servicio podrá ser asumido por el paciente, la EPS o el municipio alternativamente³⁸.

1. Por tal motivo, esta Sala de Revisión considera que es competente para continuar con el análisis de procedibilidad respecto de la solicitud referente al reconocimiento y pago del servicio de transporte para Jerson Alejandro Durán.

1. Análisis de los requisitos de procedibilidad

1. De acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior, esta Sala se dispone a analizar la procedibilidad de la solicitud presentada por la accionante, relativa al reconocimiento y pago del servicio de transporte a Jerson Alejandro Durán. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, la sala evalúa el cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa (por activa y por pasiva), inmediatez y subsidiariedad.

a. Legitimación

1. Los artículos 86 Superior y 10 del Decreto 2591 de 1991, disponen que toda persona tiene derecho a interponer una acción de tutela, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre.

1. Esta Corte ha mencionado en su jurisprudencia que la legitimación por activa se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción por quien es titular de los derechos fundamentales; (ii) por medio de los representantes legales (como es el caso de los menores de edad); (iii) a través de apoderado judicial; (iv) mediante agencia oficiosa³⁹; o (iv) cuando la acción es ejercida por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales⁴⁰

1. En el presente caso, la legitimación por activa se encuentra acreditada: (i) por ser Jerson Alejandro Durán el titular de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados, y (ii) por ser la señora Ana Helda Arguello la representante legal del menor, calidad en virtud de la cual, interpuso la acción de tutela bajo revisión⁴¹.

1. Por su parte, la legitimación por pasiva también se encuentra acreditada en el caso bajo examen, dado que la acción de tutela se dirige en contra Comparta EPS, quien es la entidad promotora de servicios de salud⁴² a la cual se encuentran afiliados la accionante (en calidad madre cabeza de familia) y su hijo Jerson Alejandro (en calidad de beneficiarios)⁴³.

1. También se encuentra legitimada por pasiva en la causa la Secretaría de Salud del departamento, quien fue vinculada al trámite de tutela, debido a que tiene responsabilidades en la prestación del servicio de salud a poblaciones vulnerables, como es el caso de la accionante y su hijo, quienes pertenecen al régimen subsidiado de Seguridad Social en salud.

a. Inmediatez⁴⁴

1. La acción de tutela satisface la exigencia de inmediatez. La Sala constata que la solicitud

de amparo se ejerció de manera oportuna, toda vez que entre el presunto hecho generador de la vulneración de los derechos fundamentales del menor “la orden de 24 terapias sin contemplar transporte, del 7 de octubre de 2019” y la interposición de la acción de tutela “a los 16 días del mismo mes”, transcurrió un término aproximado de 9 días. Periodo que se considera a todas luces razonable.

a. Subsidiariedad

1. En tales términos, es deber del juez constitucional verificar, de un lado, la existencia de un medio de defensa judicial, idóneo y eficaz para la resolución de la controversia y, de otro, en caso de que exista tal medio de defensa, la acreditación de un riesgo inminente de violación a los derechos fundamentales del accionante que pueda causarle un perjuicio irremediable.

i. Existencia de un medio de defensa judicial, idóneo y eficaz

1. Esta Corte ha reiterado en su jurisprudencia que la acción de tutela, aunque es un mecanismo residual y subsidiario, puede resultar procedente para exigir la prestación de servicios de salud, siempre que el servicio: “(i) se encuentre contemplado en el POS [actual Plan de Beneficios en Salud “PBS], (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio, (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud”⁴⁵.

1. Además, esta Corporación ha concluido que, para ordenarle a una EPS que suministre un

servicio de salud en favor de un afiliado es necesario que medie una negativa o una omisión [por parte de la EPS] para reconocerlo⁴⁶. La inexistencia de estos supuestos impediría afirmar que se están vulnerando derechos fundamentales, e implicaría desconocer el derecho al debido proceso de la entidad accionada, y endilgarle cargas y responsabilidades que se encuentran en cabeza de los pacientes⁴⁷.

1. En consecuencia, si un accionante no ha requerido previamente a su EPS la prestación de un servicio específico, salvo casos verdaderamente excepcionales, la acción de tutela resulta improcedente.

1. En el caso bajo examen, la Sala no constata que la señora Ana Helda Arguello haya requerido en primera medida a Comparta EPS la autorización del servicio de transporte para su hijo Jerson Alejandro. Tampoco se tiene certeza de que exista una negativa u omisión por parte de Comparta EPS respecto de la mencionada solicitud, de la cual se pueda derivar una posible afectación real e inminente del derecho a la salud de Jerson Alejandro. Del material probatorio recaudado, la Sala advierte que la médico tratante, en atención a la condiciones particulares del menor y del tratamiento ordenado, se negó a incluir en la orden médica el transporte del menor, sin indicarle a la accionante las opciones adicionales que podría tener para solicitar el servicio ante la EPS.

1. En consecuencia, aunque la tutelante pudo haber partido de la base de que la EPS iba a negar su solicitud, lo cierto es que en el caso sub examine al no constatar la existencia del mencionado requerimiento, no es posible considerar procedente la acción de tutela. Llegar a conclusión distinta implicaría asignar a Comparta EPS cargas y responsabilidades que son exclusivamente de la accionante, y llevarla a desconocer su derecho al debido proceso.

1. Sumado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha dispuesto que el mecanismo jurisdiccional para la protección del derecho a la salud es el creado por el artº-

culo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por la Ley 1438 de 2011. Esta norma dispone que la Superintendencia Nacional de Salud es competente para “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” diferentes controversias relacionadas, entre otras, con la denegación por parte de las Entidades Promotoras de Salud de servicios incluidos y no incluidos en el “Plan de Beneficios en Salud” PBS⁴⁸.

1. Dicha norma también dispone que este mecanismo de defensa judicial debe desarrollarse mediante un procedimiento “preferente y sumario”, regido por los principios de “publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”⁴⁹. Así, el proceso se caracteriza porque: i) la solicitud puede ser presentada sin formalidad ni autenticación; ii) se puede ejercer a nombre propio; iii) el término para resolver es de 10 días siguientes a la solicitud; y iv) cuenta con doble instancia, debido a que la decisión puede ser impugnada en los 3 días siguientes a la notificación.

1. Por tanto, prima facie, se trata de un procedimiento que no solo es idóneo para otorgar la protección que se requiere en los eventos de controversias que surgen en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como es el caso que nos ocupa; sino también eficaz, porque establece un procedimiento preferente y expedito mediante el cual se puede obtener la protección requerida.

1. En el caso sub examine, la accionante tampoco acudió ante la Superintendencia de Salud para obtener el reconocimiento y pago del servicio de transporte del menor por parte de la EPS. La Sala observa que la Superintendencia de Salud tiene una oficina regional en la ciudad de Bucaramanga, a donde la accionante habría podido acudir para buscar orientación, o la protección de los derechos del menor, en relación con la autorización del servicio de transporte por la EPS. Asimismo, la Superintendencia tiene mecanismos de contacto virtual habilitados en su página web para el mismo efecto. En consecuencia, no existían en este

caso obstáculos para el acceso que restaran idoneidad o eficacia al mecanismo ordinario de protección a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

1. Probado como está; que (i) previo a la interposición de la acción de tutela, la accionante no requirió a la EPS el reconocimiento del servicio de transporte, y que, (ii) tampoco acudió ante la Superintendencia de Salud, mecanismo de defensa judicial dispuesto al interior del Estado para la protección del derecho fundamental a la salud, concluye esta Sala que, en el presente caso, la acción de tutela no es procedente como mecanismo definitivo, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

i. Acreditación de un supuesto de perjuicio irremediable

1. Si bien en el caso que nos ocupa los derechos que se presumen vulnerados son los de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional -quien además padece una grave afectación a su salud- estas circunstancias no son por sí mismas suficientes para dar por superado el requisito de subsidiariedad. Para ello, habrá que determinar si el mecanismo judicial de que dispone la accionante para la protección de los derechos fundamentales del menor es ineficaz en concreto, dado el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable atendiendo las circunstancias en que se encuentra.

1. En el caso sub examine no se satisface el carácter subsidiario de la acción de tutela. Las circunstancias que a continuación se relacionan, asociadas al estado de salud, edad y situación socioeconómica de la accionante y su representado, permiten concluir que se encuentran en la posibilidad de garantizar sus condiciones básicas y dignas de existencia y, a la par, acudir ante la jurisdicción ordinaria con el fin de que allí se resuelvan sus pretensiones. Esto obliga a concluir que no se acredita la existencia o inminencia de un

perjuicio irremediable.

1. De acuerdo con los medios de prueba aportados en el expediente de tutela, esta Sala evidencia que en la actualidad Jerson Alejandro tiene 5 años de edad⁵¹, se encuentra afiliado al régimen subsidiado del sistema de salud a través de Comparta EPS⁵² y su residencia se ubica en la vereda Palonegro del municipio de Lebrija “ Santander⁵³. A los 2 años de edad, Jerson Alejandro fue diagnosticado con epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos, razón por la cual se le han ordenado tratamientos farmacológicos y recientemente se le ordenó un ciclo de terapias ocupacionales y fonoaudiológicas Sod, de tres sesiones por semana hasta completar un total de 24. Asimismo, se le ordenó un control médico a los tres meses, momento en el cual, debió haber terminado el tratamiento⁵⁴.

1. Este tratamiento se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud “PBS”, bajo los códigos 937000 y 938303, y le fue autorizado al paciente en la IPS Rehabilitemos LTDA de la ciudad de Bucaramanga⁵⁵, ciudad distinta a su lugar de residencia. Para acudir a las mencionadas terapias, la médico tratante no ordenó al menor el transporte en ambulancia, por no ser necesario en sus condiciones específicas de salud⁵⁶. En la actualidad, Jerson Alejandro ha asistido a un número importante de terapias, las cuales se encuentran suspendidas a solicitud de la accionante⁵⁷.

1. Por su parte, la señora Ana Helda Arguello tiene 25 años de edad, es madre de dos hijos menores y ha sido calificada con un puntaje 7.63 del SISBEN III⁵⁸. Afirmo que labora de manera ocasional, dado que está a cargo de los cuidados especiales de su hijo, por lo que no percibe ingresos económicos suficientes para cubrir los gastos de transporte desde su lugar de residencia a la ciudad de Bucaramanga.

1. La accionante también ha mencionado que depende económicamente de su cónyuge, quien es además el padre de Jerson Alejandro. Es el esposo, que labora como agricultor,

quien a la fecha ha proporcionado los recursos para el pago de los transportes, tanto de la accionante como del menor, para asistir a las terapias ordenadas, mediante adelantos solicitados a su empleador⁵⁹.

1. Así las cosas, esta Sala no duda que Jerson Alejandro requiere el servicio de transporte para acceder a las terapias prescritas por los especialistas en neurología, a fin de mejorar sus condiciones de vida y su desarrollo. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para considerar superado el requisito de subsidiariedad, puesto que, de la información antes relacionada no se desprende un riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales del menor, que haga necesaria la procedencia excepcional de la tutela como mecanismo transitorio.

1. Por el contrario, de la información allegada a esta Sala, se tiene que Jerson Alejandro cuenta con una red familiar de apoyo que le ha permitido asistir a las terapias, controles y demás servicios médicos necesarios para tratar su diagnóstico, tanto así, que a la fecha el menor ha asistido a casi la totalidad de las terapias sin que su vida y salud se hayan puesto en riesgo.

1. En suma, el caso sub examine no cumple con el requisito de subsidiariedad, por cuanto: i) el reconocimiento y pago del servicio de transporte es una prestación económica del Sistema General de Seguridad Social en salud, cuya negativa debe ser ventilada por los procedimientos ordinarios dispuestos para ello; ii) el ser un sujeto de especial protección no es una condición suficiente para relevar al accionante de requerir previamente el servicio a la EPS, ni de acudir al trámite ante la Superintendencia de Salud; iii) no se demostraron condiciones de riesgo adicionales que permitan una valoración flexible de la subsidiariedad, por el contrario, se observa que para dar tratamiento a una enfermedad de más de dos años, el menor cuenta con una red de apoyo familiar que está presta a su cuidado, lo que indica que puede esperar a la resolución de fondo de su exigencia por la EPS y, de ser necesario, llevar el asunto a conocimiento de la Superintendencia de Salud; y iv) Jerson

Alejandro ha acudido a un número importante de terapias, por lo que no es posible determinar la existencia de un perjuicio irremediable.

1. Por estas razones, esta Sala considera que la acción de tutela bajo examen es improcedente.

1. Sin perjuicio de lo anterior, la premura con la que fue interpuesta la acción de tutela (9 días desde la expedición de la orden médica) y el hecho de que, en conversación telefónica con el Despacho del magistrado sustanciador, la accionante haya manifestado que fue la médica tratante quien negó el transporte del menor, son dos circunstancias que permiten advertir que la señora Arguello no tenía conocimiento pleno de los procedimientos administrativos a su alcance para solicitar a la EPS la cobertura de los gastos de transporte de su hijo, o a la Superintendencia de Salud la protección de sus derechos. Por lo que resulta necesario recordar la obligación que tienen los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud de garantizar a sus usuarios el derecho a estar informados sobre las gestiones que se deben agotar para la efectiva prestación del servicio de salud.

1. Al respecto, esta Corte ha indicado que la garantía de estar informado es parte esencial del derecho fundamental a la salud, por lo que, «si bien existe una carga para los usuarios en torno a realizar las diligencias propias de autorización o visto bueno para la práctica de procedimientos médicos, esta responsabilidad no puede llegar al punto de desconocer el derecho de información que efectivamente les asiste, pues en muchas ocasiones la ausencia de orientación en estos asuntos, [que] afecta gravemente sus condiciones de vida digna»⁶⁰.

1. En virtud de lo anterior, las EPS e IPS tienen entonces la carga de orientar y proporcionar al paciente toda la información relacionada con la red de instituciones médicas que prestan el servicio, la asignación de costos, la disponibilidad de asistencia y todas las

especificidades propias de la atención que demanda el paciente. La ausencia de esta garantía constituye una falla en la prestación del servicio y un irrespeto por las garantías fundamentales de los afiliados»[61].

1. Por tal motivo, esta Sala previene a Comparta EPS para que tome las medidas necesarias para garantizar a sus usuarios el derecho a estar informados sobre las gestiones que se deben agotar para la efectiva prestación de los servicios en salud.

1. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, esta Sala advierte a la accionada la necesidad de dar aplicación a las reglas jurisprudenciales para la autorización de servicios de transporte de pacientes ambulatorios proferidas por esta Corporación, así como al cumplimiento de la regulación vigente en la materia.

1. Levantamiento de términos procesales

1. En sesión del 17 de abril de 2020, mediante Auto 121, la Sala Plena de la Corte Constitucional autoriz³ a las salas de revisi³n para levantar la suspensi³n de t³minos judiciales en asuntos concretos sometidos a su consideraci³n, en atenci³n a los siguientes criterios: (i) la urgencia de adoptar una decisi³n dirigida a la protecci³n de los derechos fundamentales; (ii) la importancia nacional que revista el caso y (iii) la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento social obligatorio, sin que ello implique la imposici³n de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.

1. A juicio de la Sala, en el asunto de la referencia es procedente levantar la suspensi³n de t³minos dado que, aunque no se acredit³ la existencia de un perjuicio irremediable, la

accionante debe tener la oportunidad de acudir a la jurisdicción ordinaria o a la Superintendencia de Salud para que se resuelvan sus pretensiones de manera definitiva y lograr así la protección del menor Jerson Alejandro, quien es sujeto de especial protección. Esta actuación, por tanto, no supone la imposición de cargas desproporcionadas a las partes en el proceso de tutela o a las autoridades concernidas en el trámite, y es compatible con las condiciones actuales del aislamiento.

A. Síntesis de la decisión

1. La Sala revisa la decisión judicial proferida dentro del proceso promovido por la señora Ana Helda Arguello en representación de su hijo Jerson Durán, contra Comparta EPS. Tras cotejar dicha información con los elementos aportados al proceso, la Sala procedió a verificar, en primer lugar, la existencia de cosa juzgada y de temeridad en la presentación de la acción, en atención a lo decidido por el juez de única instancia.

1. Al respecto, la Sala concluye que existía identidad de sujetos, hechos y pretensiones en lo atinente a la solicitud relativa a que se ordene el tratamiento integral, oportuno y de calidad para el diagnóstico de epilepsia y de síndromes epilepticos idiopáticos de Jerson Alejandro. No obstante, respecto de la solicitud relativa a que se otorgue el servicio de transporte como medio de acceso al derecho a la salud del menor, la Sala considera que no se constataba la existencia de cosa juzgada, razón por la cual decidió continuar con la verificación de los requisitos de procedibilidad de la acción, respecto de esta solicitud.

1. En cuanto a la existencia de temeridad, la Sala no encontró elementos suficientes para acreditar la mala fe de la accionante, por lo que concluye que no existía temeridad en el caso bajo examen.

1. Por último, la Sala efectuó el análisis de procedibilidad respecto del reconocimiento y pago del servicio de transporte a favor del menor, y concluyó que la acción era improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la accionante no agotó los mecanismos administrativos y jurisdiccionales para resolver su solicitud, y tampoco logró acreditar la existencia de una afectación grave e inminente a los derechos fundamentales de Jerson Alejandro. Por el contrario, en el caso bajo examen la Sala constató que Jerson Alejandro cuenta con una red de apoyo familiar que le permite esperar a la resolución de fondo de su exigencia mediante los mecanismos ordinarios dispuestos para ese fin. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala previno a Comparta EPS para que tome las medidas necesarias para garantizar a sus usuarios el derecho a estar informados sobre las gestiones que se deben agotar para la efectiva prestación de los servicios en salud, y para que aplique las reglas jurisprudenciales sobre la autorización de servicios de transporte de pacientes ambulatorios.

I. DECISIÓN

1. En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos en el proceso de la referencia, de conformidad con las razones presentadas en la parte motiva.

Segundo.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia proferida por el Juez Promiscuo Municipal de Lebrija, del veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019), mediante el cual se

negÃ³ la solicitud de amparo presentada por la seÃ±ora Ana Helda Arguello, en representaciÃ³n de su hijo Jerson Alejandro DurÃ¡n Arguello, en los tÃ©rminos expuestos en la parte motiva de esta providencia

Tercero.- DECLARAR la improcedencia de la acciÃ³n de tutela incoada por la seÃ±ora Ana Helda Arguello, en relaciÃ³n con la pretensiÃ³n sobre el reconocimiento y pago del servicio de transporte para su hijo Jerson Alejandro DurÃ¡n, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Cuarto.-PREVENIR a Comparta EPS para que tome las medidas necesarias a fin de garantizar a sus usuarios el derecho a estar informados sobre las gestiones a agotar para la efectiva prestaciÃ³n de los servicios en salud.

Quinto.- ADVERTIR a Comparta EPS para que aplique las reglas jurisprudenciales sobre la autorizaciÃ³n de servicios de transporte de pacientes ambulatorios.

Sexto.- Por SecretarÃ­a LÃ­BRESE la comunicaciÃ³n prevista en el artÃ­culo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allÃ­ contemplados.

ComunÃ­quese y cÃºmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÃ‰REZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÃ‡CHICA MÃ‰NDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-190/20

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Competencia del juez de primera instancia (Salvamento parcial de voto)

Además de declarar la improcedencia, la Sala Primera de Revisión debió (i) remitir el asunto al Juzgado de primera instancia del otro proceso de tutela para que adelantara el trámite de cumplimiento conforme lo dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, en aras de asegurar en mayor medida el derecho de acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva de la accionante y su hijo; y (ii) advertir a la accionante que, cuando requiera un procedimiento o insumo ordenado por un médico tratante en relación con las patologías de su hijo, y que sea negado por la EPS, puede acudir ante ese funcionario judicial para iniciar el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato (según lo establecido en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991), en relación con el fallo de 13 de marzo de 2018.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Debió ser resuelto de fondo (Salvamento parcial de voto)

Si no se hizo el requerimiento ante la EPS, la consecuencia jurídica no es la improcedencia sino la denegatoria (siempre que no se esté ante una circunstancia excepcional que justifique haber acudido directamente a la acción de tutela).

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Debió evaluarse la eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, para así concluir si procedía la tutela (Salvamento parcial de voto)

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Se propone un requisito adicional que no tiene ningún respaldo normativo ni jurisprudencial (Salvamento parcial de voto)

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Se evidencia que la familia del menor se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica para asumir gastos de transporte (Salvamento parcial de voto)

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Primera de Revisión, expongo las razones por las cuales me aparto parcialmente de la Sentencia T-190 de 2020. En mi criterio, si bien se configura la cosa juzgada respecto de algunas de las pretensiones de la accionante por la existencia de otro fallo de tutela y, por ende, la consecuencia jurídica es la improcedencia, el asunto debió ser remitido al juez de primera instancia del primer proceso. Adicionalmente, en relación con la pretensión restante -sobre el suministro de transporte- encuentro que sí se cumpli a el requisito de subsidiariedad, razón por la que debió ser resuelta de fondo. Para justificar lo anterior, (i) realizará un recuento del caso, y (ii) me referir  con mayor detalle a los motivos de disenso.

1. El hijo de la accionante padece epilepsia y otras patologías. El 7 de octubre de 2019, la médica tratante ordenó 24 terapias y también controles médicos. El 16 de octubre de 2019, presentó acción de tutela aduciendo que, por las demoras administrativas, debía esperar de uno a tres meses para que examinaran a su hijo, y debido a que no contaba con

recursos suficientes para trasladarse desde su residencia (vereda Palonegro-Lebrija) hasta Bucaramanga para asistir a las terapias. Por lo tanto, solicitó que se ordenara a la EPS (i) iniciar inmediatamente las terapias, (ii) brindar un tratamiento integral y oportuno, y (iii) suministrar el transporte de su hijo. En primera instancia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija negó la acción de tutela por existir un fallo previo (de 13 de marzo de 2018, dictado por el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bucaramanga), en el que se había concedido el tratamiento integral.

2. La mayoría de la Sala determinó que la acción de tutela era improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad porque (i) existía cosa juzgada -aunque no temeridad- en lo referente al tratamiento integral, salvo en la pretensión del transporte, y (ii) en relación con ésta, la accionante no solicitó dicho servicio directamente a la EPS y, en todo caso, debió acudir al mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Adicionalmente, indicó que tampoco se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable.

3. Como lo mencioné, la primera razón para apartarme parcialmente de la decisión se funda en que, si bien se configuró la cosa juzgada en relación con las dos primeras pretensiones -por la existencia del fallo de tutela del 13 de marzo de 2018-, el asunto debió ser puesto en conocimiento del juez de primera instancia de dicho proceso. En aquellos eventos en los que existe otro fallo de tutela, la Corte Constitucional ha considerado que la solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato son medios idóneos y eficaces para exigir su cumplimiento.⁶²

4. En consecuencia, además de declarar la improcedencia, la Sala Primera de Revisión debió (i) remitir el asunto al Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bucaramanga (juez de primera instancia del otro proceso de tutela) para que adelantara el trámite de cumplimiento conforme lo dispone el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, en aras de asegurar en mayor medida el derecho de acceso a la administración de justicia y a una

tutela judicial efectiva de la accionante y su hijo; y (ii) advertir a la accionante que, cuando requiera un procedimiento o insumo ordenado por un médico tratante en relación con las patologías de su hijo, y que sea negado por la EPS, puede acudir ante ese funcionario judicial para iniciar el trámite de cumplimiento o el incidente de desacato (según lo establecido en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991), en relación con el fallo de 13 de marzo de 2018.

6. Por un lado, el que la accionante no hubiera acudido directamente a la EPS a reclamar el suministro de transporte no puede ser un argumento para sustentar el no cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en tanto no es un mecanismo judicial, en los términos del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.⁶³ Aunado a ello, la jurisprudencia que cita la Sentencia T-190 de 2020⁶⁴, especialmente la Sentencia T-760 de 2008⁶⁵, alude a ese requisito como una cuestión de fondo -para garantizar servicios incluidos en el POS (hoy “PBS”)- y no como un elemento integrante de la subsidiariedad. En consecuencia, si no se hizo el requerimiento ante la EPS, la consecuencia jurídica no es la improcedencia sino la denegatoria (siempre que no se esté ante una circunstancia excepcional que justifique haber acudido directamente a la acción de tutela).

7. Adicionalmente, la mayoría de las salas de revisión de la Corte Constitucional -incluida la Sala Primera- han referido que, actualmente, el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia aunque es idóneo no es eficaz.⁶⁶ Cuestión que la Sentencia T-190 de 2020 desconoce sin una justificación adecuada.⁶⁷

8. Ahora bien, en las consideraciones sobre perjuicio irremediable, la Sentencia consigna⁶⁸ que la “jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela como mecanismo transitorio, cuando un sujeto de especial protección o en circunstancias de debilidad manifiesta se encuentra en una situación de riesgo frente a la posible

configuración de un perjuicio irremediable. Esto es, 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»

9. Esta afirmación es problemática porque (i) la jurisprudencia constitucional ha establecido los elementos del perjuicio irremediable (perjuicio grave e inminente que requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables), y no ha hecho referencia a «el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica» (aproximación que no cuenta con ningún respaldo normativo ni jurisprudencial); y (ii) la Corte no ha limitado su aplicación a los sujetos de especial protección constitucional (i.e. no se requiere un sujeto cualificado).⁶⁹ Además, la Sentencia que se cita⁷⁰ para sustentar lo afirmado (T-317 de 2018) no contiene ese argumento (de hecho, solo menciona dos veces la palabra «perjuicio irremediable» sin hacer ninguna consideración sobre dicha figura).

10. Finalmente, en relación con el análisis de la capacidad económica, considero que, de manera equivocada, se utilizaron argumentos de fondo para realizar el estudio de procedencia⁷¹, en contravía de la jurisprudencia constitucional en la materia.⁷² Además de los elementos que obran en el expediente⁷³, se evidencia que la familia del niño se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica: (i) el núcleo familiar lo integran el niño, sus padres y otro hijo, y viven en la vereda de Palonegro-Lebrija; (ii) el padre «trabaja como agricultor en el terreno del «patrón», y es quien, con adelantos de salario solicitados a su empleador, ha financiado el transporte» (subrayas no originales); y (iii) la madre afirma que trabaja en labores ocasionales, son de escasos recursos (sin que haya una sola prueba que desvirtúe esa afirmación), y fueron calificados con un puntaje de 7.63 del SISBEN III⁷⁴ (el nivel más bajo es el 1, que en el área rural va de 0 a 32.98 puntos, y cuando la cifra se acerca a 0 indica un nivel de necesidad alto).⁷⁵

11. En conclusión, aunque comparto la decisión de improcedencia sobre la pretensión de iniciar inmediatamente las terapias por configurarse la cosa juzgada, considero que (i) el

asunto debió ser puesto en conocimiento del juez de primera instancia del otro trámite de tutela para garantizar en mayor medida el derecho de acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva de la accionante y su hijo; y (ii) la pretensión de suministro de transporte debió ser resuelta de fondo, teniendo en cuenta que el núcleo familiar del niño no tiene la capacidad económica para asumirlo.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto en esta Sentencia.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Primer cuaderno. Fl. 1.

2 Primer cuaderno. Fl. 1.

3 Autorización de Servicios de Comparta EPS. Primer cuaderno. Fl. 6.

4 Primer cuaderno. Fl. 6.

6 Primer cuaderno. Fl. 2.

7 Primer cuaderno. Fl. 1 -5.

8 Primer cuaderno. Fl. 11.

9 Primer cuaderno. Fls. 16 -19.

10 Primer cuaderno. Fls. 16 -19.

11 Primer cuaderno. Fl. 72.

12 Primer cuaderno. Fl. 26.

13 Proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías y Conocimiento de Lebrija, Santander, el 29 de octubre de 2019.

14 Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías y Conocimiento de Lebrija, Santander, el 29 de octubre de 2019. Primer cuaderno. Fl. 75.

15 Cuaderno de Revisión. Fl. 17

16 Cuaderno de Revisión. Fl. 17.

17 Respuesta allegada por Comparta EPS del 23 de abril de 2020. Cuaderno de revisión. Fl. 18 y ss.

18 Sentencia proferida por Juzgado decisorio Civil Municipal de Bucaramanga y confirmada por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga el 26 de abril de 2018. Primer cuaderno. Fl. 33.

19 Sentencia T-427 de 2017, en la cual se reitera la jurisprudencia constitucional en materia de cosa juzgada, en caso de reconocimiento pensional.

20 Sentencia C-100 de 2019.

21 Sentencia T-427 de 2017, en la cual se reitera la jurisprudencia constitucional en materia de cosa juzgada, en caso de reconocimiento pensional.

22 La identidad de partes supone que en el proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Sentencia T-219 de 2018.

23 La identidad de causa supone que, tanto el proceso que ya hizo tránsito a cosa juzgada, como la nueva demanda, deben contener los mismos fundamentos fácticos sustentando la pretensión. Lo anterior implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos. Sentencia C-774 de 2001.

24 La identidad de objeto implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. Sentencia C-774 de 2001

25 Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga. Sentencia del 26 de abril de 2018. Primer cuaderno. Fl. 40.

26 La Corte Constitucional ha sostenido que, en aquellos casos donde los jueces vinculan a sujetos procesales adicionales en cada proceso, la identidad de partes persiste, puesto que algunas alteraciones parciales a la identidad, no necesariamente excluyen la cosa juzgada, ya que, de lo contrario, accionar a una persona más o una menos puede significar, en todo caso, una identidad de sujetos. Sentencia T-219 de 2018.

27 Sentencia C-774 de 2001.

28 Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga. Sentencia del 26 de abril de 2018. Primer cuaderno. Fl. 33.

30 El elemento identificado por la jurisprudencia como la identidad de objeto, implica

que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras “cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. Sentencia C-774 de 2001.

31 Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga. Sentencia del 26 de abril de 2018. Primer cuaderno. Fl. 33.

32 Se entiende que existe un elemento volitivo negativo en la presentación de la acción si la conducta: (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deja al descubierto el abuso del derecho porque “[é], de mala fe se instaura la acción; o (iv) cuando se pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia. Sentencia T-298 de 2018.

33 Sentencias T-185 de 2017, T-374 de 2018 y T-077 de 2019.

34 Particularmente, y tratándose de asuntos relacionados con el acceso y protección del derecho a la salud, el juez también deberá tener en cuenta el surgimiento de circunstancias fácticas adicionales y la urgencia con la que el accionante requiera el servicio que solicita. Sentencia T-298 de 2018.

35 Sentencia T- 680 de 2013.

36 Ver entre otras: Sentencias T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, y T-421 de 2007.

37 Sentencia T 081 de 2019

38 En lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago del Servicio de transporte para pacientes y acompañantes, esta Corte ha señalado que, “de conformidad con la Resolución No. 5857 de 2018, en algunas circunstancias, el servicio de transporte de pacientes está incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Estos eventos

comprenden el traslado acuático, aéreo y terrestre (i) en ambulancia, cuando se presenten situaciones de urgencia o el servicio no pueda ofrecerse en la IPS donde el paciente está siendo atendido (art. 120); o, (ii) en medio diferente al ambulatorio, cuando la persona deba acceder a una atención contenida en el PBS y la misma no pueda ser prestada en el lugar de residencia del afiliado (art. 121). Sumado a ello, esta Corporación ha admitido que fuera de los supuestos referidos el servicio de transporte deberá ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar de manera general, salvo que bajo criterios de urgencia y necesidad, sea necesario recibir los procedimientos médicos ordenados para tratar sus patologías, donde serán las EPS quienes deben brindar este beneficio cuando “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. Sentencia T-081 de 2019.

39 Sentencias T-044 de 1996 y T- 351 de 2018

40 Decreto 2591 de 1991. Artículo 11.

41 Según lo mencionado en la sentencia T 736 de 2017, cuando se trata de menores de edad, los padres están legitimados para promover la acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales afectados o amenazados, debido a que ostentan la representación judicial y extra judicial de los descendientes mediante la patria potestad. Además, el inciso 2º del artículo 44 de la Constitución, establece que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

42 Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental. Puntualmente, según el artículo 42.2 la tutela procede “cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud está encargado de la prestación del servicio público de salud”.

43 Primer cuaderno. Fl. 10.

44 Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991.

45 Sentencia T 653 de 2016. Ver también Sentencia T-760 de 2008

46 Sentencia T 653 de 2016

47 «[»] el hecho de que no se haya requerido previamente a la EPS, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada según el artículo 86 constitucional para «la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública». Ver Sentencia T-925 de 2014, allí se consideraron las Sentencias T-434 de 2004, T-736 de 2004, T-912 de 2005 y T-762 de 2007, y T-737 de 2011.

48 Ley 1122 de 2007, artículo 41, modificado por la Ley 1438 de 2011, artículo 126, literal e.

49 Sentencia T 259 de 2019.

50 Sentencia T-317 de 2018, en la cual se acredita el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable ante la solicitud del servicio de transporte, por cuanto «En los cuatro expedientes se invoca la presunta vulneración del derecho a la salud, por la negativa en el reconocimiento del servicio complementario de transporte, negativa que puede afectar la salud de los accionantes al no poder recibir oportunamente los servicios de salud ordenados, por lo cual se requiere de un trámite de reclamación expedito, que permita una protección definitiva y/o transitoria, que garantice una protección oportuna del derecho a la salud, lo cual permite dar por cumplido el requisito de subsidiariedad».

51 A la fecha del control médico, el 7 de octubre de 2019, el menor tenía 4 años de edad. No obstante, por la fecha de su nacimiento se puede concluir que actualmente tiene 5 años de edad. Primer cuaderno. Fl. 6.

52 Primer cuaderno. Fl. 10.

53 Primer cuaderno. Fl. 1.

54 Primer cuaderno. Fl. 1.

55 Al respecto, la Sala recuerda que esta Corte ha mencionado que “En general, el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS”. Por lo que, en principio, el transporte, fuera de los eventos contemplados por el PBS, debe ser sufragado únicamente por el paciente y/o su núcleo familiar. Ahora, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el servicio de transporte puede constituir una garantía de acceso al derecho de salud, por lo que entiende que existen situaciones en las que, aunque el un servicio de transporte no está cubierto expresamente por el PBS, “las EPS deben brindar dicho servicio [“] cuando (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. Ver: artículo 122 de la Resolución 3512 de 2019, Sentencia T-491 de 2018 y Primer cuaderno. Fl. 6.

56 La orden médica otorgada por la neuróloga pediatra se refiere únicamente al tratamiento de terapias y a citas de control, sin que se mencione o incluya la necesidad de ordenar el transporte en ambulancia para Jerson Alejandro. Sumado a ello, en conversación telefónica sostenida con la Señora Ana Helda Arguello, se menciona que, aunque ella solicitó a la médico tratante que ordenara el transporte, la respuesta que le fue otorgada indicaba que el médico solo puede ordenar los transportes en ambulancia, los cuales no eran necesarios en el caso del menor. Primer Cuaderno. Fl. 6. Y Cuaderno de Revisión. Fl. 17.

57 Según la accionante, Jerson no ha podido continuar el tratamiento y asistir al control trimestral por la cuarentena preventiva ordenada por el gobierno nacional, en el marco del estado de emergencia económica, social y ambiental declarada mediante Decreto 417 de 2020. Cuaderno de Revisión. Fl. 17.

58 Calificación otorgada a corte de julio de 2019 Primer cuaderno. Fl. 9.

59 Conversación telefónica. Cuaderno de Revisión. Fl. 17.

60 Sentencia T- 614 de 2003.

61 Sentencia T- 234 de 2013

62 Sentencias T-606 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-889 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-482 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-509 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-367 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; y T-226 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

63 Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: // 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (Énfasis añadido)

64 Ver fundamento jurídico N° 51.

65 Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 4.4.3.1. En el mismo sentido ver las sentencias T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-131 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sánchez Múñiz; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

66 Consultar -entre otros- los pronunciamientos de las salas Primera (T-449 de 2019 y T-058 de 2020), Tercera (T-474 de 2019), Cuarta (T-344 de 2019), Sexta (T-114, T-170 y T-192 de 2019), Séptima (T-439 de 2018, y T-010 y T-117 de 2019), Octava (T-253 de 2018, y T-452 y T-528 de 2019), y Novena (T-239 y T-339 de 2019).

67 Ver fundamentos jurídicos N° 56 a 59.

69 Ver, entre otras, las sentencias C-132 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-007 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; y T-168 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

70 Ver fundamento jurídico N° 61, nota al pie N° 50.

71 Ver fundamento jurídico N° 69.

72 Ver -entre otras- sentencias T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-032 de 2018.

M.P. Jos   Fernando Reyes Cuartas; T-215 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-259 de 2019. M.P. Antonio Jos   Lizarazo Ocampo.

73 Ver el antecedente N   19.

74 Ver fundamento jur  dico N   66.

75 <https://sisbencolombia.co/nivel-de-sisben/>

{p}