Sentencia T-190/20

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-ConfiguraciÃ3n

La Corte Constitucional ha identificado tres elementos que permiten advertir cuándo se configura el fenómeno de la cosa juzgada: identidad jurÃdica 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 asÃ, 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 habÃa sido puesta en conocimiento de un juez de tutela previamente, y que no puede entenderse incorporada dentro de la noción 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 acciÃ3n de tutela, aunque es un

mecanismo residual y subsidiario, puede resultar procedente para exigir la prestaciÃ3n de

servicios de salud, siempre que el servicio: "(i) se encuentre contemplado en el POS

[actual Plan de Beneficios en Salud â€" 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 saludâ€∏.

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

ACOMPAÃ'ANTE POR EPS-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no

acreditar perjuicio irremediable

La accionante no agotÃ<sup>3</sup> los mecanismos administrativos y jurisdiccionales para resolver su

solicitud, y tampoco logrÃ<sup>3</sup> acreditar la existencia de una afectaciÃ<sup>3</sup>n grave e inminente a los

derechos fundamentales del agenciado.

Referencia: expediente: T-7.757.261

AcciÃ<sup>3</sup>n de tutela instaurada por Ana Helda Arguello Rangel en representaciÃ<sup>3</sup>n del menor

Jerson Alejandro DurÃ; n Arquello contra Comparta EPS

Magistrado ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

BogotÃ; 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 sÃndromes 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 ordenó un tratamiento consistente en 12 terapias ocupacionales integrales y 12 terapias fonoaudiológicas integrales Sod3. Asimismo, dispuso que el menor debÃa 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 estaâ€□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 médico tratante, pues es una mujer de escasos recursos, que debe dedicar su tiempo al cuidado de su hijo y a trabajar en labores ocasionales6.
- 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, asà 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 cuent[a] con recursos para llevarloâ€□7.
- 1. Respuesta de las entidades accionadas. El Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de Control de GarantÃas de Lebrija Santander admitió la acción de tutela contra Comparta EPS, y vinculó al trámite constitucional a la SecretarÃa de Salud Departamental y a la ClÃnica Materno Infantil San Luis, por considerar que podrÃan verse afectadas con el resultado del proceso8.

- 1. El 23 de octubre de 2019, la SecretarÃa 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 […]â€∏9.
- 1. En cuanto al servicio de transporte requerido por la accionante, la SecretarÃa 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 […]â€∏10.
- 1. La IPS CIÃnica San Luis también solicitó su desvinculación de la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva dado que "NO [habÃa] vulnerado derecho fundamental alguno del menor accionante (sic) y a que la obligación de la autorización y suministro del trasporte requerido por el accionante recae sobre COMPARTA EPSâ€□11.
- 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 dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga, mediante fallo del 13 de marzo de 2018, […] por lo que resultan improcedentes las

pretensiones del escrito de tutelaâ€□. Asimismo, solicitó al juez de instancia que vinculara a la SecretarÃa 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 pacienteâ€□, 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 …]â€□14.
- 1. Esta decisión no fue impugnada. Por lo que, en cumplimiento de lo previsto por el artÃ-culo 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 revisiÃ<sup>3</sup>n

#### 1. Pruebas decretadas

- 1. Mediante auto del 17 de marzo de 202015 se requirió a la señora Ana Helda Arguello Rangel para que informara si su hijo Jerson Durán, habÃa podido acudir de forma oportuna a las consultas médicas de control y terapias ordenadas el 7 de octubre de 2019. De igual forma, se requirió a la accionante informar si habÃa solicitado directamente a Comparta EPS el servicio de transporte para Jerson Alejandro, y si habÃa presentado incidente de desacato ante el Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga. Por último, se le solicitó información sobre su red de apoyo familiar, particularmente, respecto de la actividad económica e ingresos de su esposo.
- 1. Asimismo, se pidió 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 sÃndrome, incluido el servicio de transporte requerido por la accionante.
- 1. Se consultó a la SecretarÃa de Salud Departamental si la accionante habÃa 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 pidió que informara si habÃa 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 pidió a la IPS ClÃnica San Luis que informara si Jerson Alejandro Durán habÃa asistido a los controles y terapias ordenadas, y si habÃa recibido atención adicional por parte del personal médico de la IPS. De igual forma, se le requirió para que, en caso de que la respuesta fuera afirmativa, aportara la historia clÃnica y las órdenes médicas correspondientes.

1. Por último, se requirió al Juzgado 16 Civil Municipal de Bucaramanga para que informara si se habÃa adelantado incidente de desacato en la tutela Rad. 68001 4003 016 2018 00121 00 promovida por la Accionante contra Comparta EPS. Además, se le solicitó 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 "patrónâ€□, 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 otorgó 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 jurÃdico de Tutelas. Dicha entidad indicó que: (i) la señora Ana Helda Arguello no habÃa 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 LTDAâ€☐ 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 asistirÃa por evitar exponerse al problema de salud que está viviendo el paÃs por el COVID 19, por lo que continuará el tratamiento una vez se solucione la situación de emergenciaâ€☐, y por último, que (iv) la EPS ha autorizado y suministrado varios servicios adicionales que ha requerido el menor en los últimos meses, incluidos radiologÃas, medicamentos, fisioterapias, laboratorios clÃnicos, entre otros 17.

1. La SecretarÃa de Salud Departamental, la IPS ClÃnica San Luis y el Juzgado	16	Civil
Municipal de Bucaramanga, guardaron silencio ante los requerimientos efectuados p	oor	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 artÃculos 86 y 241.9 de la Constitución PolÃtica y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.
- 1. Objeto de la decisión y metodologÃa 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 sÃndromes 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 revisi $\tilde{A}^3$ n determinar, en primer lugar, la existencia de cosa juzgada y de temeridad en la presentaci $\tilde{A}^3$ n de la acci $\tilde{A}^3$ n, en atenci $\tilde{A}^3$ n a que el juez de $\tilde{A}^2$ nica instancia constat $\tilde{A}^3$ 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, proceder $\tilde{A}_i$ esta Sala a efectuar el an $\tilde{A}_i$ lisis de procedibilidad de la acci $\tilde{A}^3$ n, y de ser el caso, a decidir el fondo del asunto.
1. Existencia de cosa juzgada y temeridad en el proceso constitucional
1. Según lo ha reiterado la Corte Constitucional al referirse al inciso primero del artÃculo 243 de la Constitución, la acción de tutela se encuentra sujeta a los parámetros de la cosa juzgada. AsÃ, las sentencias proferidas por las salas de revisión de tutelas de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada. Igual sucede con las sentencias de tutela que no son seleccionadas para revisión por la Corporación19.
1. La cosa juzgada es una institución jurÃdico 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 jurÃdica de los fallos judiciales21.
1. La Corte Constitucional ha identificado tres elementos que permiten advertir cuándo se configura el fenómeno de la cosa juzgada: identidad jurÃdica de las partes22, identidad de causa23 e identidad de objeto24. La Sala procederá a evaluar si, en el caso bajo examen,

concurren los 3 elementos que identifican la cosa juzgada constitucional.

- 1. Identidad jurÃdica 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 SecretarÃa 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 sÃndromes epilépticos de Jerson Alejandro Durán. En efecto, en dicha oportunidad la señora Ana Helda manifestó que el médico tratante habÃa ordenado una serie de tratamientos farmacológicos para manejar de manera integral la enfermedad, los cuales no habÃan 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 sÃndromes 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 sÃ-ndromes 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 Arguelloâ€□. Por lo que requirió "que el juez de tutela ampar[ara] las garantÃas constitucionales [de tratamiento integral] y [ordenara] a COMPARTA EPS-S, autorizar y entregar inmediatamente los medicamentos, en los términos prescritos por el galeano (sic) […]â€□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 negativo32en 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 Corporaci $\tilde{A}^3$ n ha reconocido que en algunas circunstancias se justifica la presentaci $\tilde{A}^3$ n de m $\tilde{A}^0$ ltiples tutelas por parte de un actor34. Particularmente, en los asuntos relacionados con el acceso y protecci $\tilde{A}^3$ n 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 habÃa 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 asÃ, 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 habÃa 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 prestaci $\tilde{A}$ 3n del servicio de salud autoricen la pr $\tilde{A}$ 1ctica y entrega de medicamentos, intervenciones, procedimientos, ex $\tilde{A}$ 1menes y controles, que sean considerados necesarios por el m $\tilde{A}$ 0dico para tratar la patolog $\tilde{A}$ 3 del paciente36,  $\hat{a}$ 6 $(\hat{a}$ 1) sin que les sea posible fraccionarlos, o elegir alternativamente cu $\tilde{A}$ 3 les de ellos aprueba en raz $\tilde{A}$ 3n del inter $\tilde{A}$ 0s econ $\tilde{A}$ 3mico que representan $\hat{a}$ 6 $(\hat{a}$ 37.
- 1. En ese sentido, no es posible considerar que la noci $\tilde{A}^3$ n 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 podrÃ; 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 trasporte 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 artÃculo 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 art $\tilde{A}$ culos 86 Superior y 10 del Decreto 2591 de 1991, disponen que toda persona tiene derecho a interponer una acci $\tilde{A}$ 3n de tutela, en todo momento y lugar, por si $\tilde{I}$ 1 misma o por quien act $\tilde{A}$ 9e en su nombre.

- 1. Esta Corte ha mencionado en su jurisprudencia que la legitimaci $\tilde{A}^3$ n por activa se acredita: (i) en ejercicio directo de la acci $\tilde{A}^3$ n 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 trav $\tilde{A}$ ©s de apoderado judicial; (iv) mediante agencia oficiosa39; o (iv) cuando la acci $\tilde{A}^3$ n 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 dirigió 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 SecretarÃa 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 dÃas del mismo mes–, transcurrió un término aproximado de 9 dÃas. 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 saludâ€□45.
- 1. Adem $\tilde{A}_i$ s, esta Corporaci $\tilde{A}^3$ n 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 reconocerloâ€□46. La inexistencia de estos supuestos impedirÃa afirmar que se están vulnerando derechos fundamentales, e implicarÃa 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 especÃfico, 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 podrÃa 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 implicarÃa asignar a Comparta EPS cargas y responsabilidades que son exclusivamente de la accionante, y llevarÃa 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 artÃ-

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 juezâ€☐ 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 – PBSâ€☐48.

- 1. Dicha norma también dispone que este mecanismo de defensa judicial debe desarrollarse mediante un procedimiento "preferente y sumarioâ€□, regido por los principios de "publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economÃa, celeridad y eficacia […]â€□49. AsÃ, 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 dÃas siguientes a la solicitud; y iv) cuenta con doble instancia, debido a que la decisión puede ser impugnada en los 3 dÃas 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 habrÃa 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 existÃan en este

caso obst $\tilde{A}_i$ culos para el acceso que restaran idoneidad o eficacia al mecanismo ordinario de protecci $\tilde{A}^3$ n 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. AcreditaciÃ<sup>3</sup>n 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 sà mismas suficientes para dar por superado el requisito de subsidiariedad. Para ello, habrÃa 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 allà 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 sÃndromes 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, debÃa 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 Rehabilitdemos 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 especÃficas 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. Afirma que labora de manera ocasional, dado que estÃ; 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. Asà las cosas, esta Sala no duda que Jerson Alejandro requiere el servicio de transporte para acceder a las terapias prescritas por los especialistas en neurologÃa, 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, jurÃdica 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 asÃ, 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 dÃas 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 tenÃa 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 garantÃa 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, […] afecta gravemente sus condiciones de vida dignaâ€∏60.
- 1. En virtud de lo anterior, las EPS e IPS tienen entonces la carga de orientar y proporcionar al paciente toda la informaci $\tilde{A}^3$ n relacionada con la red de instituciones m $\tilde{A}$ ©dicas que prestan el servicio, la asignaci $\tilde{A}^3$ n de costos, la disponibilidad de asistencia y todas las

especificidades propias de la atención que demanda el paciente. La ausencia de esta garantÃa "constituye una falla en la prestación del servicio y un irrespeto por las garantÃ-as fundamentales de los afiliadosâ€∏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, asà 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 autorizó a las salas de revisión para levantar la suspensión de términos judiciales en asuntos concretos sometidos a su consideración, en atención a los siguientes criterios: (i) la urgencia de adoptar una decisión dirigida a la protección 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 imposición 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 suspensi $\tilde{A}^3$ n de  $t\tilde{A}$ ©rminos dado que, aunque no se acredi $t\tilde{A}^3$  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 asà 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. SÃntesis de la decisiÃ<sup>3</sup>n

- 1. La Sala revis $\tilde{A}^3$  la decisi $\tilde{A}^3$ n judicial proferida dentro del proceso promovido por la se $\tilde{A}\pm$ ora Ana Helda Arguello en representaci $\tilde{A}^3$ n de su hijo Jerson Dur $\tilde{A}_i$ n, contra Comparta EPS. Tras cotejar dicha informaci $\tilde{A}^3$ n con los elementos aportados al proceso, la Sala procedi $\tilde{A}^3$  a verificar, en primer lugar, la existencia de cosa juzgada y de temeridad en la presentaci $\tilde{A}^3$ n de la acci $\tilde{A}^3$ n, en atenci $\tilde{A}^3$ n a lo decidido por el juez de  $\tilde{A}^0$ nica instancia.
- 1. Al respecto, la Sala concluyó que existÃa 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 sÃndromes epilépticos 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 consideró 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 concluyó que no existÃa 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

negó la solicitud de amparo presentada por la señora Ana Helda Arguello, en representación de su hijo Jerson Alejandro Durán Arguello, en los términos expuestos en

la parte motiva de esta providencia

Tercero.- DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela incoada por la señora Ana

Helda Arguello, en relaciÃ<sup>3</sup>n con la pretensiÃ<sup>3</sup>n sobre el reconocimiento y pago del servicio de

transporte para su hijo Jerson Alejandro Durán, 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

prestación de los servicios en salud.

Quinto.- ADVERTIR a Comparta EPS para que aplique las reglas jurisprudenciales sobre la

autorizaciÃ<sup>3</sup>n de servicios de transporte de pacientes ambulatorios.

Sexto.- Por SecretarÃa LÃ□BRESE la comunicación prevista en el artÃculo 36 del Decreto

2591 de 1991, para los fines all $\tilde{\rm A}$  contemplados.

ComunÃquese y cúmplase,

**CARLOS BERNAL PULIDO** 

Magistrado

Magistrada
Salvamento parcial de voto
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
MARTHA VICTORIA SÃ□CHICA MÉNDEZ
Secretaria General
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA
DIANA FAJARDO RIVERA
A LA SENTENCIA T-190/20

DIANA FAJARDO RIVERA

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 artÃculo 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 patologÃas 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 artÃculos 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 ACOMPAÃ'ANTE POR EPS-DebiÃ<sup>3</sup> ser resuelto de fondo (Salvamento parcial de voto)

Si no se hizo el requerimiento ante la EPS, la consecuencia jur $\tilde{A}$ dica no es la improcedencia sino la denegatoria (siempre que no se est $\tilde{A}$  $\otimes$  ante una circunstancia excepcional que justifique haber acudido directamente a la acci $\tilde{A}$ 3n de tutela).

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-DebiÃ<sup>3</sup> evaluarse la eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, para asà concluir si procedÃa 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 jurÃdica 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 sà se cumplÃa el requisito de subsidiariedad, razón por la que debió ser resuelta de fondo. Para justificar lo anterior, (i) realizaré un recuento del caso, y (ii) me referiré con mayor detalle a los motivos de disenso.

1. El hijo de la accionante padece epilepsia y otras patologÃas. 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, debÃa 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 Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga), en el que se habÃa concedido el tratamiento integral.

- 2. La mayorÃa de la Sala determinó que la acción de tutela era improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad porque (i) existÃa cosa juzgada -aunque no temeridaden 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 mencion $\tilde{A}$ ©, la primera raz $\tilde{A}$ ³n para apartarme parcialmente de la decisi $\tilde{A}$ ³n se funda en que, si bien se configur $\tilde{A}$ ³ la cosa juzgada en relaci $\tilde{A}$ ³n con las dos primeras pretensiones -por la existencia del fallo de tutela del 13 de marzo de 2018-, el asunto debi $\tilde{A}$ ³ 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 id $\tilde{A}$ ³neos 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 Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga (juez de primera instancia del otro proceso de tutela) para que adelantara el trámite de cumplimiento conforme lo dispone el artÃculo 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 patologÃas 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 artÃculos 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 artÃculo 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 "PBSâ€□)- y no como un elemento integrante de la subsidiariedad. En consecuencia, si no se hizo el requerimiento ante la EPS, la consecuencia jurÃdica 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 mayorÃa 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 consignó68 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, jurÃdica o fáctica, a los derechos fundamentales, que debe ser invocada por el juez constitucional, dada la alta probabilidad de su ocurrenciaâ€□

- 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, jurÃdica o fácticaâ€☐ (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 irremediableâ€∏ 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 contravÃa 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 â€~patrón', y es quien, con adelantos de salario solicitados a su empleador, ha financiado el transporteâ€☐ (subrayas no originales); y (iii) la madre afirmó 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 debi $\tilde{A}^3$  ser puesto en conocimiento del juez de primera instancia del otro tr $\tilde{A}_i$ mite de tutela para garantizar en mayor medida el derecho de acceso a la administraci $\tilde{A}^3$ n de justicia y a una tutela judicial efectiva de la accionante y su hijo; y (ii) la pretensi $\tilde{A}^3$ n de suministro de transporte debi $\tilde{A}^3$  ser resuelta de fondo, teniendo en cuenta que el n $\tilde{A}^0$ cleo familiar del ni $\tilde{A}^1$ 0 no tiene la capacidad econ $\tilde{A}^3$ mica para asumirlo.

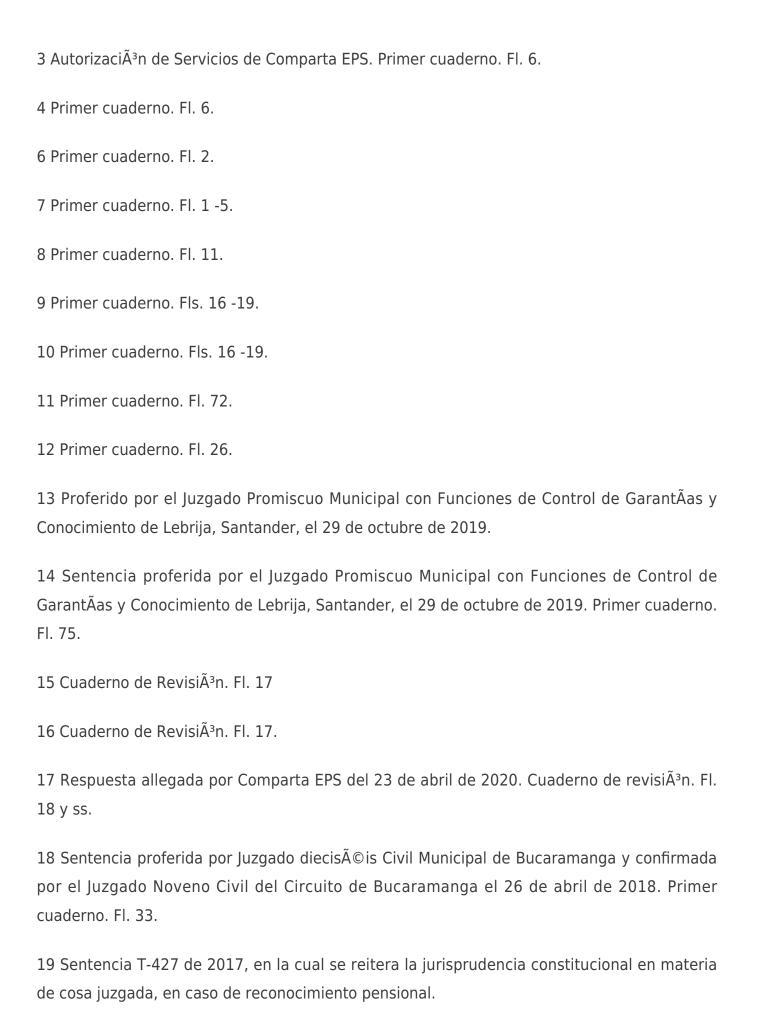
De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto en esta Sentencia.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

- 1 Primer cuaderno. Fl. 1.
- 2 Primer cuaderno, Fl. 1.



- 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 "al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgadaâ€∏. 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 últimosâ€□. 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 jurÃdica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamenteâ€□. 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 sujetosâ€∏. 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 objetoâ€∏, 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 jurÃdica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamenteâ€□. 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 […], 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 trat $\tilde{A}_i$ ndose de asuntos relacionados con el acceso y protecci $\tilde{A}^3$ n del derecho a la salud, el juez tambi $\tilde{A}$ ©n deber $\tilde{A}_i$  tener en cuenta el surgimiento de circunstancias f $\tilde{A}_i$ cticas 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 estÃ; 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 mîdicos ordenados para tratar sus patologÃas, 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 fÃsica o el estado de salud del usuarioâ€∏. Sentencia T-081 de 2019.

- 39 Sentencias T-044 de 1996 y T- 351 de 2018
- 40 Decreto 2591 de 1991. ArtÃculo 11.
- 41 Según lo mencionado en la sentencia T â€" 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 artÃculo 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 artÃculos 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 artÃculo 42.2 la tutela procede "cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de saludâ€□.
- 43 Primer cuaderno. Fl. 10.

- 44 ArtÃculo 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 estÃ; consagrada según el artÃculo 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 públicaâ€□. Ver Sentencia T-925 de 2014, allà 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, artÃculo 41, modificado por la Ley 1438 de 2011, artÃculo 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 un protección oportuna del derecho a la salud, lo cual permite dar por cumplido el requisito de subsidiariedadâ€□.
- 51 A la fecha del control médico, el 7 de octubre de 2019, el menor tenÃa 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.

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 PBSâ€□. 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 garantÃa 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 fÃsica o el estado de salud del usuarioâ€□. Ver: artÃculo 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 mencionó 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.

- 60Sentencia 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 RÃos; 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 â $\in$ eArtÃculo 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. (â $\in$ ¦).â $\in$ [] (Énfasis aÃ $\pm$ adido)
- 64 Ver fundamento jurÃdico N° 51.
- 65 Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurÃdico 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 Sáchica Méndez; T-120 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas RÃos.
- 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 jurÃdicos N° 56 a 59.
- 69 Ver, entre otras, las sentencias C-132 de 2018. M.P. Alberto Rojas RÃos; T-007 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera; y T-168 de 2019. M.P. Alberto Rojas RÃos.
- 70 Ver fundamento jurÃdico N° 61, nota al pie N° 50.
- 71 Ver fundamento jurÃdico N° 69.
- 72 Ver -entre otras- sentencias T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-032 de 2018.

M.P. José 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 José Lizarazo Ocampo.

73 Ver el antecedente N° 19.

74 Ver fundamento jurÃdico N° 66.

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

{p}