

DERECHO A LA SALUD Y AL DIAGNOSTICO-Improcedencia de ordenar suministro de servicios y tecnologías en salud cuando no existe prescripción médica/ACCION DE TUTELA-Improcedencia por inexistencia de perjuicio irremediable

(La accionante) no realizó petición alguna ante su actual administradora de salud y, por tanto, no existe un hecho vulnerador por parte de las vinculadas para predicar una omisión que vulnere un derecho fundamental. Sin duda, se requería otorgarles previamente la oportunidad de realizar el análisis y estudio médico pertinente, pues de lo contrario se estaría utilizando la tutela como único mecanismo para reclamar el mantenimiento de un bien mueble entregado a su cuidado y propiedad y un tratamiento integral sin que haya sido previamente solicitado. Todo esto, sumado a la inexistencia de un perjuicio irremediable o necesidad urgente de protección que obligue a realizar el estudio de fondo en sede de tutela, hace que la acción deba declararse improcedente.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-460 DE 2023

Expediente: T-9.306.833

Acción de tutela instaurada por Diana Patricia Tinjacá Suta contra la EPS Compensar.

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo dictado en el proceso promovido por Diana Patricia Tinjacá Suta, contra la EPS Compensar, resuelto en primera instancia el 13 de enero de 2023 por el Juzgado 4 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá y, en segunda instancia, el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado 16 Civil de Circuito de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones de la tutela

1. El 6 de mayo de 2008, mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado 49 Civil Municipal de Bogotá, se le concedió a Diana Patricia Tinjacá Suta el amparo del derecho fundamental a la salud y, en consecuencia, se ordenó a Compensar EPS (prestadora a la que se encontraba

afiliada en ese entonces como beneficiaria) suministrarle una silla de ruedas “con posicionamiento postural, especificaciones especiales y medidas anatómicas para el manejo patológico y motor”, junto con las férulas OPT para el tobillo, recomendadas por su médico tratante, debido a que padece de distrofia Muscular de Duchenne. Fue calificada en 2007 con una Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) de 87.75% por la mencionada EPS.¹

1. La silla de ruedas eléctrica fue efectivamente entregada a Diana Patricia Tinjacá en 2018. Según el acta de entrega a satisfacción suscrita el 12 de septiembre de ese año, recibió la silla de ruedas eléctrica, con su cargador para baterías, las indicaciones de uso y manejo, y la garantía de 2 años. A partir de ese momento, se convirtió en propietaria de la silla, quedando cumplida la orden dictada por el juez de tutela años atrás.²

1. Sostuvo en la presente demanda que, desde la entrega, no se le ha realizado mantenimiento correctivo. Así, el 1 de junio de 2022 la llevó a una revisión técnica en la Distribuidora GLX S.A.S., la cual emitió un informe señalando las siguientes particularidades: (i) desgaste general de corazas posteriores 300-8, (ii) desgaste de ruedas anteriores 300-4, (iii) daño en los pad apoyabrazos, (iv) desgaste de escobillas de motores, (v) pérdida de densidad de cojín anti escaras y (vi) mantenimiento a motores. De acuerdo con lo anterior, la conclusión del chequeo fue: “se recomienda realizar el mantenimiento correctivo de la silla de ruedas, puesto que los problemas presentados son solucionados con el mantenimiento correctivo, las partes principales de la silla de ruedas se encuentran en correctas condiciones de funcionamiento”. ³

1. Con este concepto, la actora en un primer momento presentó una carta a Compensar pidiendo realización del mantenimiento. La EPS respondió el 26 de julio de 2022, refiriéndose a la sentencia de tutela de 2008 y afirmando que “ (...) el fallo no otorga tratamiento integral y por ende no cubre el mantenimiento de la silla de ruedas motorizada”.⁴ Posteriormente, el 3 de agosto, radicó un derecho de petición formal con el mismo objetivo, el cual fue respondido por la entidad el 22 del mismo mes, ratificando lo dicho anteriormente.

1. Teniendo en cuenta la negativa, el 14 de diciembre de 2022 interpuso nueva acción de tutela para la protección de sus derechos a la vida, la seguridad social y de petición, solicitando “que se efectúen las reparaciones necesarias de la silla de ruedas que mediante acción de tutela se me suministró, se me autoricen todos los elementos, procedimientos, ayudas técnicas, mecánicas atención médica, paramédica y de enfermería necesarias para mi sobrevivencia y que no estén incluidos en el POS para poder enfrentar la patología que padezco”.⁵ Dentro de sus alegatos, hizo énfasis sobre sus complicaciones de salud, su PCL, la dificultad para su movilidad y la imposibilidad de acudir a la vía ordinaria. Sin embargo, nada dijo sobre los motivos por los cuales no le era posible sufragar los gastos de las reparaciones.

B. Respuestas de las accionadas

1. El Juzgado 4 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, el mismo 14 de diciembre de 2022, admitió la tutela y dio 24 horas a Compensar EPS para pronunciarse. Además, “ordenó enterar de la presente acción a los señores Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, ADRES, Distribuidora GLX S.A.S., IPS Somher, Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de Bogotá, Porvenir S.A., Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la Junta Regional de la Calificación de Invalidez de Bogotá” y, posteriormente, vinculó a “ (...) Fiduprevisora S.A. Vocera del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (...) y a la Unión Temporal UT Red Integrada Foscal CUB”, 6 junto con las entidades que la conforman, obteniendo las siguientes respuestas:

1. Respuesta de Compensar EPS: Inició manifestando que, para el momento de la interposición de la tutela, el estado de afiliación de la Señora Tinjacá Suta era “retirada”, es decir, que ya no se encontraba afiliada “por existir un traslado a un régimen de excepción”. En tal sentido, argumentó la falta de legitimación por pasiva y, en todo caso, señaló que no

ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, por lo que solicitó ser desvinculada.⁷

1. Respuesta Juzgado 49 Civil Municipal de Bogotá: Confirmó haber fallado una acción constitucional en el pasado que concedió la silla de ruedas. Sin embargo, hizo énfasis en que el asunto actual no tiene relación con la decisión anterior, pues “se alude la existencia de un nuevo acto vulneratorio emanado de EPS Compensar, que no corresponde a aquel que fue objeto de estudio en la radicación 2008 (...)”. Con base en esto, también pidió ser desvinculado del trámite.⁸

1. Respuesta ADRES: Después de realizar un recuento de la prestación de los servicios de salud en Colombia y la función de la ADRES dentro del sistema, estimó que, en lo que a ella se refiere, se encontraba acreditada la falta de legitimación por pasiva. Recordó que es función de las EPS garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a los afiliados, y dedicó un acápite a aclarar que (i) hoy la facultad de recobro se encuentra extinta y (ii) que, para el momento de la presentación de la tutela, ya se encontraban girados los presupuestos máximos a las EPS para que suministraran “los servicios no incluidos en los recursos de la UPC”.⁹

1. Respuesta Ministerio de Salud: Hizo saber que no le consta nada de lo que afirmó la accionante en la tutela, oponiéndose a todas las pretensiones, y alegando también que en su caso no se encontraba acreditada la legitimación por pasiva. De todas formas, estimó pertinente pronunciarse sobre el fondo, señalando que insumos como la silla de ruedas “serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud”, pues se trata de ayudas técnicas para la movilidad que hacen parte de los tratamientos de integración, rehabilitación y habilitación de la persona en situación de discapacidad. Entonces, “no se financian con recursos de la UPC” pues son “reconocidas y financiadas por fuentes de recursos diferentes a los asignados al SGSSS y están a cargo de la ente territorial correspondiente”.¹⁰ En efecto, “las sillas de ruedas son ayudas técnicas,

como servicios complementarios que se encuentran catalogados en las norma técnicas internacionales, en el ordenamiento jurídico colombiano como componentes de movilidad, razón por la cual, no es dable que su prescripción sea gestionada a través de la herramienta tecnológica MIPRES”.¹¹ Al final, pidió exonerar al Ministerio de toda responsabilidad.

1. Respuesta de Fiduprevisora S.A. Vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG): Manifestó que, como administradora del FOMAG, no tiene competencia respecto de la prestación del servicio de salud, apegándose también a la falta de legitimación por pasiva. Dijo que ella únicamente “suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país, conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados”. En esa línea, le comentó al Juzgado que la encargada de prestar los servicios de salud en el lugar donde reside la accionante es la Unión Temporal Foscal UT, por lo que es a ella a la que le correspondería tomar las medidas tendientes a garantizar el derecho fundamental a la salud de la actora. Pidió ser desvinculada y, en su lugar, requerir a la UT Foscal para dar respuesta a la tutela. En todo caso, confirmó a través de la plataforma “HOSVITAL” que Diana Patricia Tinjacá Suta es “afiliada activa como cotizante docente, en el régimen de excepción de asistencia en salud”.¹²

1. Respuesta Fundación Avanzar FOS: Recordó que el FOMAG se encuentra excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tal y como lo señala el artículo 279 de la misma. De manera que, lo que hace Fiduprevisora, es adelantar un proceso de licitación para contratar el plan integral de salud para sus afiliados. En el caso concreto, “a partir del primero de 1 de marzo de 2018 la U.T. Red Integrada Foscal –CUB (...) es la que suministra atención médica de bajo, mediano y alto nivel de complejidad ambulatoria en el departamento de Santander y Arauca, por intermedio de la I.P.S. Fundación Avanzar FOS.¹³ Ratificó que “la hoy accionante Diana Patricia Tinjacá Suta se encuentra activa en la base de datos de usuarios de esta entidad desde el 31 de Marzo de 2019 (...)” pero para esa fecha “(...) no existe ordenamiento médico emitido por profesional de la red de prestadores de esta entidad, que evidencie el suministro del servicio que mediante este trámite solicita”.¹⁴ Por esa razón,

solicitó igualmente ser desvinculada.

1. Respuesta Secretaría Distrital de Salud de Bogotá: Comenzó por aclarar que desconoce todo lo referente a la acción, oponiéndose a todas las pretensiones. Confirmó que la accionante se encuentra retirada de la EPS Compensar, razón por la cual debe exigírsele directamente a ella la corrección de la información y, una vez hecho esto, será la entidad en la que se encuentre activa como afiliada la que deberá realizar el mantenimiento correctivo a la silla de ruedas y, en general, la que tendrá a cargo responder por las pretensiones de la acción. Dijo también que la tutela no procede contra la entidad porque no hay actuación vulneradora de los derechos fundamentales que le sea atribuible, solicitando igualmente ser desvinculada.¹⁵

1. Respuesta Superintendencia de Salud: Solicitó desvincular a la entidad dada su falta de legitimación en la causa por pasiva, pues son las EPS las responsables de prestar los servicios de Salud de manera correcta. La Superintendencia de Salud únicamente tiene facultades de inspección vigilancia y control dentro del sistema, por lo que la garantía de la omisión alegada no se encuentra a su cargo. Presentó igualmente algunas consideraciones sobre el fondo de la acción, en las que se limitó a transcribir las normas y la jurisprudencia sobre el otorgamiento de sillas de ruedas a los usuarios del sistema, sin conclusiones sobre la posible vulneración.¹⁶

1. Respuesta Porvenir S.A: Informó en primer lugar que “la señora Diana Patricia Tinjaca Suta no ha presentado ninguna solicitud en Porvenir S.A. ni ha iniciado algún trámite. Ni hemos sido notificados de alguna solicitud por parte de su EPS de lo que debemos pronunciarnos”. Por tanto, argumentó su falta de legitimación por pasiva y la no vulneración de derechos. Sostuvo que se está frente a un conflicto entre ella y Compensar EPS en la que Porvenir no tiene participación alguna, entonces, su única pretensión fue ser desvinculada.¹⁷

1. Respuestas de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC y

Cundinamarca, y de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: En escritos separados, ambas manifestaron que no existe registro de una solicitud de calificación, ni de alguna apelación pendiente por resolver de la accionante. En consecuencia, consideraron igualmente que debían ser desvinculadas por tratarse de un caso cuyas circunstancias son ajenas a las competencias de la Junta Nacional y Regional.¹⁸

1. La IPS Somher y GLX S.A.S., no remitieron respuesta al requerimiento.

C. Decisiones de instancia

1. El Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de enero de 2023 concedió el amparo y ordenó a Compensar EPS realizar el mantenimiento y las reparaciones a la silla, además, ordenó prestar la atención médica integral, es decir, medicamentos, consultas, terapias, diagnóstico, procedimientos quirúrgicos, hospitalización y todos los insumos requeridos para tratar sus padecimientos. Lo anterior, debido a que no pudo verificar con certeza que la Fundación Avanzar FOS fuera la encargada de asumir todo el tratamiento y, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debía dársele continuidad a la prestación del servicio de salud.¹⁹

1. Compensar EPS impugnó la decisión, argumentando que no se tuvo en cuenta que “la usuaria NO SE ENCUENTRA AFILIADA (...), haciéndose imposible materialmente, el cumplimiento al fallo de tutela, pues como se indicó en el escrito de respuesta, al traslado de la tutela, la usuaria se encuentra retirada de la población asegurada por mi representada, por lo tanto, los servicios de salud, no se encuentran a cargo de Compensar EPS”.²⁰ En otras palabras, sostuvo que la decisión de instancia fue errada, pues se falló en contra de una entidad que no estaba legitimada en la causa por pasiva.

1. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, el 22 de febrero de 2023, revocó la decisión de primera instancia y negó el amparo. En su criterio, la actora debió haber acudido al incidente de desacato, pues ese es el mecanismo para solicitar "ajustes tendientes a asegurar el cumplimiento de la sentencia de tutela". Ahora bien, con respecto a la continuidad en la prestación del servicio de salud, estimó que lo pertinente era acudir a la nueva entidad prestadora a la que se encuentra afiliada para que ella se encargara del tratamiento integral.²¹

1. Con esas consideraciones, se remitió el expediente a la Corte Constitucional.

D. Actuaciones en sede de revisión

1. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional, mediante auto del 28 de abril de 2023, seleccionó el expediente para revisión y su sustanciación quedó a cargo de la Sala Cuarta de Revisión, presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar,²² quien mediante auto del 23 de junio de 2023 decretó pruebas para aclarar los hechos de la demanda.²³

1. En dicho proveído requirió: (i) a Compensar EPS, para que informara las circunstancias fácticas y jurídicas en las que fue entregada la silla de ruedas motorizada a la señora Tinjacá Suta, lo cual debía incluir la copia del acta de entrega, el informe sobre quién es el dueño de la silla, el costo del bien y la entidad que asumió el pago, o si fue con cargo a otros recursos del sistema de salud; (ii) a la ADRES, para que informara si reconoció y pagó a la EPS los recursos para la adquisición de la silla. En caso positivo, debía informar a qué título y con cargo a qué cuenta fueron girados; (iii) al Ministerio de Salud y Protección Social, para que informara al despacho si dentro de los mecanismos de protección del PBS se encuentra incluida o expresamente excluida la silla motorizada y/o el mantenimiento de los insumos, bienes, servicios o tecnologías entregados a los afiliados y, en especial, los costos de

mantenimiento; (iv) al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Fiduprevisora S.A., y Unión Temporal “UT Red Integrada Foscal CUB” junto con las entidades que la conforman, para que informaran al despacho si la accionante realizó alguna solicitud de reparación de su silla de ruedas motorizada en su calidad de afiliada. En caso positivo, debían enviar su respuesta; por último (v) a la accionante para que informara al despacho sus fuentes de ingreso actuales, a cuanto equivalen y si recibe alguna prestación económica permanente, como pensión, salario, subsidios, alimentos, donaciones, etc., y si a la fecha ya fueron realizadas las reparaciones a su silla de ruedas.²⁴

1. Respuesta Compensar EPS: Comenzó por reiterar que la señora Diana Patricia Tinjacá no se encuentra actualmente afiliada a la entidad, sino que es usuaria en estado activo en el Magisterio como cotizante por su vinculación como docente, con fecha de afiliación el 23 de septiembre de 2022. Seguido de esto, adjuntó lo solicitado, haciendo saber que la silla se entregó a través del proveedor GLX S.A.S y fue adquirida “en calidad de compra, siendo la dueña del dispositivo, la señora Tinjacá Suta”. Según el Acta de Entrega a Satisfacción adjunta, la accionante recibió la silla el 12 de septiembre de 2018, su costo fue de \$25.019.400 COP y contaba con una garantía de 2 años. ²⁵

1. Respuesta ADRES: Recordó inicialmente que ninguna de las entidades de los regímenes de excepción tiene la facultad legal para realizar recobros a la ADRES por valores sufragados no incluidos en el PBS. Posteriormente, se pronunció frente a lo concreto e indicó que, de tres recobros realizados a propósito de lo ordenado por el Juez 49 Civil Municipal de Bogotá, “se evidencia una aprobación por \$ 27.980.000,00 con el recobro 22176114 ítem 1 en el paquete 0409 por concepto de silla de ruedas (...)”, con fecha de 6 de abril de 2009. Adicionalmente, en las conclusiones del escrito, hizo énfasis en que, quien debe prestar hoy los servicios de reparación o cambio y hacerse cargo de costear los gastos correspondientes, es la aseguradora actual.²⁶

1. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social: Expuso que la silla de ruedas no se

encuentra dentro de las 97 tecnologías y servicios excluidos, ni tampoco su mantenimiento. Sin embargo, quiso resaltar que “respecto al insumo denominado la silla motorizada (...) y el mantenimiento de esta, (...) son ayudas técnicas para la movilidad y como tal no corresponden al ámbito de la salud”. En su criterio, no puede ser prescrita “a través de la herramienta tecnológica de Mipres bajo el rol prescriptor, es decir el rol del médico tratante, por corresponder a una ayuda técnica de movilidad que tienen otras fuentes de financiación como prestaciones sociales, según disposiciones del CONPES 166 de 2013, Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, en congruencia con las leyes estatutarias (1751 de 2015 y 1618 de 2013) donde se estructuraron políticas públicas de atención integral a las personas con discapacidad”.²⁷ Es decir, reiteró el contenido de su contestación en primera instancia.

1. Ni la demás entidades requeridas, ni la accionante, remitieron respuesta al auto de pruebas de la Sala Cuarta.

I. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 28 de abril de 2023, de la Sala Cuatro de Selección de Tutelas que escogió el presente caso para su revisión y que lo asignó a la Sala Cuarta de Revisión.²⁸

A. Examen de procedencia

1. Legitimación en la causa por activa. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991 y reiterado por los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala Cuarta de Revisión constata que el requisito de legitimación por activa se encuentra debidamente acreditado. En efecto, la señora Tinjacá Suta interpuso la tutela para la protección de sus derechos fundamentales.

1. Legitimación en la causa por pasiva. El mismo artículo 86 de la Constitución Política dispone que cualquier persona podrá interponer acción de tutela 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”.²⁹ De ahí que, en varias oportunidades, la legitimación por pasiva se ha definido como “la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.”³⁰ Igualmente, está claro que procede contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos, puntualmente el de salud.³¹

1. Para el caso de la Señora Tinjacá Suta, la Sala Cuarta de Revisión constata que varias de las entidades llamadas a conformar la parte pasiva de la acción de tutela deberán ser desvinculadas. Esto, dado que no estarían potencialmente llamadas a responder por la eventual vulneración que se alega. Es decir, que de llegar a acreditarse los demás requisitos de procedencia, y de concederse el amparo, no tendrían órdenes a su cargo, al no existir acción u omisión de su parte a la que pueda llegar a atribuírsele una vulneración a los derechos de la accionante. En efecto, ella busca que se le conceda el mantenimiento de su silla de ruedas eléctrica y la garantía de un tratamiento integral en salud, lo cual, no le correspondería en ningún caso asumir al Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES, la

Superintendencia Nacional de Salud, a la IPS Somher, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, al Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de Bogotá, a Porvenir S.A., a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ni a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá. Por lo tanto, todas ellas serán desvinculadas del trámite.

1. Ahora bien, de cara al estudio de la legitimación en la causa por pasiva de la accionada original (Compensar EPS), debe tenerse en cuenta que en Colombia coexisten distintos regímenes de salud. Hay uno principal, denominado Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), mayoritariamente regulado mediante la Ley 100 de 1993, y unos exceptuados, mencionados en el artículo 279 de esta misma Ley. Dentro de ellos, se contempla el régimen de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), creado mediante la Ley 91 de 1989, que en su artículo cuarto vinculó a este régimen a todos los docentes activos al momento de su promulgación y, al mismo tiempo, habilitó la posibilidad (hoy obligación)³² de afiliarse a los que son nombrados con posterioridad a su entrada en vigencia.³³

1. Siendo así, cuándo se nombra un docente después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ocurrirá que una persona que originalmente forma parte del SGSSS, se trasladará al régimen prestacional del Magisterio y, en ese momento, el FOMAG quedará a cargo de la cobertura integral de salud de ese afiliado.³⁴ Ello, puesto que se trata de un régimen especial para todos los docentes del territorio nacional que les otorga beneficios propios, entre los que pueden destacarse la exoneración de cuotas moderadoras, y la atención y tratamiento de todo tipo de patologías, tanto para los afiliados como para los beneficiarios, sin necesidad de contar con un período mínimo de cotización y sin contemplar preexistencias.³⁵ En consonancia con esto, el Decreto único Reglamentario del Sector Salud, al referirse a la salida de un afiliado del SGSSS, por ejemplo, porque se trasladó a alguno de los regímenes de excepción, dejó claro que “la terminación de la inscripción en una EPS tiene como efecto (...), la cesación de la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios y las prestaciones económicas para los cotizantes del régimen contributivo”.³⁶

1. De esa manera, como bien lo alegó en su escrito de impugnación, debe sostenerse que Compensar EPS no está legitimada por pasiva dentro del presente trámite. Ello porque, si bien la negativa de suministrar el mantenimiento a la silla de ruedas fue emitida por la EPS el 22 de agosto de 2022, esto es, mientras que la señora Tinjacá Suta se encontraba afiliada al SGSSS, lo cierto es que al momento de presentar la tutela, es decir, el 14 de diciembre de 2022, la accionante ya se había afiliado al régimen exceptuado de salud del Magisterio, por tanto, es este último el llamado a atender, revisar y responder las solicitudes relativas a la prestación del servicio de salud.

1. Lo anterior, en nada riñe con la garantía del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, como equivocadamente lo señaló el Juzgado de primera instancia. En efecto, dicho principio “pretende evitar que el paciente se vea sometido de forma injustificada a interrupciones en los tratamientos, procedimientos o suministros médicos, poniendo en peligro su vida”, impidiendo “interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran,(...)”,³⁷ y el mantenimiento de una silla de ruedas no implica entorpecer un tratamiento o procedimiento en curso. Todo lo contrario, como bien lo expuso el juez que ordenó entregar la silla en un primer momento, se está ante la presencia de una nueva solicitud alegada por la accionante años después de recibirla.³⁸

1. En ese sentido, por tratarse de un elemento de propiedad de la accionante,³⁹ es posible asimilar la presente situación fáctica a un caso en el que una persona acude al sistema de salud a solicitar la reparación de un bien suyo, recibido por cualquier otro medio (Vb, gr. la compró, o se la donaron). En estos eventos, de ningún modo puede considerarse que se está hablando de una interrupción de un tratamiento o servicio médico que desconozca el principio de continuidad, pues la adquisición de la silla se efectuó en un solo momento (con el cumplimiento de la orden judicial) y no implica mantener en curso algún procedimiento médico que vaya a ser suspendido.⁴⁰ Por todo lo anterior, la Sala desvinculará del trámite a Compensar EPS.

1. En línea con el análisis realizado, lo que debe afirmarse con respecto a las demás entidades del FOMAG, esto es, Fiduprevisora S.A. como vocera del mismo, la UT Red Integrada Foscal CUB, en su calidad de contratista “que suministra atención médica de bajo, mediano y alto nivel de complejidad ambulatoria”, y la Fundación Avanzar FOS, siendo la IPS encargada por la UT para esos efectos, es que sí se encuentran legitimadas en la causa por pasiva. Ciertamente, serán estas las entidades eventualmente llamadas a responder por las garantía del derecho a la salud de la accionante.⁴¹

1. Todas ellas fueron llamadas a vincularse a la acción de tutela en primera instancia, integrando debidamente el contradictorio, y tuvieron la oportunidad de remitir sus contestaciones correctamente, tal y como lo relatan los antecedentes de la presente sentencia.⁴² Así, acreditada la legitimación por pasiva de estas últimas, se continuará el análisis de procedencia.

1. Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela está para reclamar la “protección inmediata” de los derechos fundamentales.⁴³ Al respecto, en abundante jurisprudencia, esta “Corte ha señalado que esta acción debe ejercerse dentro de un término razonable y proporcionado (...), dado que “de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales”.⁴⁴ Para el caso concreto, la Sala estima acreditada esta exigencia, toda vez que el 1 de junio de 2022 la actora obtuvo el concepto que recomendaba el mantenimiento de la silla, e inmediatamente después inició el trámite ante Compensar para que realizara la reparación, recibiendo la última respuesta el 22 de agosto de ese año. En septiembre se retiró de Compensar EPS, y el 14 de diciembre radicó la tutela. Todo ello demuestra una actuación diligente dentro de un término razonable (entre 5 y 6 meses), teniendo en cuenta los términos de respuesta de las entidades en cada uno de los trámites.

1. Subsidiariedad. El ya citado artículo 86 de la Constitución expresa que la acción de tutela

“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.⁴⁵ Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.⁴⁶ En este último caso, si se comprueba que el mecanismo alternativo carece de eficacia el amparo será definitivo.

1. La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre la subsidiariedad y ha sido consistente en señalar que “la acción de tutela es improcedente, si no existe una negativa u omisión que vulnere un derecho fundamental. Lo anterior, por cuanto (i) los accionantes tienen el deber de requerir a las entidades responsables y activar los trámites administrativos ordinarios para satisfacer sus solicitudes, antes de acudir a la tutela, y (ii) el juez constitucional no puede dar órdenes con base en supuestas desatenciones o negligencias de las entidades accionadas”.⁴⁷ Esto resulta lógico, en tanto no sería apropiado iniciar un trámite ante la jurisdicción pretendiendo que se condene a una entidad, sin ni siquiera haber acudido previamente a ella dándole la oportunidad de que acceda o niegue lo solicitado.

1. Es más, resulta necesario que exista una actuación o una omisión, o al menos un pronunciamiento por parte de la, o las autoridades accionadas, sobre la solicitud concreta de la accionante, para que sea posible hablar efectivamente de un “hecho vulnerador”. De no ser así, se estaría utilizando la acción de tutela como primera y única actuación en busca de la protección del derecho que se estima vulnerado, sin siquiera darle la oportunidad a quien estaría encargado de pronunciarse.

1. Así las cosas, en lo que se refiere al caso bajo examen, hay que decir que, en principio, habría una vía principal a la cual la accionante podría acudir a solicitar lo pretendido. El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, establece que la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver, mediante facultades jurisdiccionales, las controversias

relacionadas con el pago de prestaciones económicas que deban ser asumidas por las entidades promotoras de salud o por el empleador, lo cual se ajustaría a circunstancias fácticas del presente asunto.

1. Ahora, “de forma reciente, ha considerado la Corte que la idoneidad y eficacia del referido mecanismo deben ser consideradas a la luz de los elementos de juicio que fueron allegados a esta corporación en la audiencia pública, celebrada el 6 de diciembre de 2018, en el marco del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008. En dicha oportunidad, la Superintendencia Nacional de Salud informó a la Sala Plena lo siguiente: (i) no cuenta con la capacidad de emitir decisiones de fondo sobre los asuntos que conoce en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en el término de 10 días (plazo para fallar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019); (ii) existe un retraso de entre dos y tres años para decidir los asuntos a su cargo; y (iii) la entidad no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a las controversias que se presentan entre los actores del sistema de salud fuera de Bogotá”.⁴⁸ Posteriormente y “a pesar de que la Ley 1949 de 2019 dispuso mecanismos para fortalecer esta entidad, la Sentencia SU-508 de 2020 concluyó que las dificultades administrativas continúan”.⁴⁹ Por lo anterior, es claro que actualmente no puede hablarse de un mecanismo principal idóneo, además de la tutela, al que pueda ser remitida la accionante para reclamarle al FOMAG el mantenimiento de su silla de ruedas.

1. Sin embargo, como se mencionó líneas atrás, para acreditar en debida forma el requisito de subsidiariedad llevando a que la acción de tutela sea procedente, es necesario que exista un hecho vulnerador por parte de las entidades accionadas susceptible de ser llevado ante la jurisdicción. Sobre ese punto, la Sala encuentra que, hasta el momento, no se ha materializado acción u omisión alguna por parte de ninguna de las autoridades del FOMAG que pueda considerarse como vulneradora de los derechos de la accionante. Sumado a esto, no es posible comprobar un perjuicio irremediable que habilite la posibilidad de dar órdenes de protección antes de obtener una negativa por parte de la accionada.

1. Como bien se expuso en los antecedentes de la Sentencia, al contestar la demanda la IPS perteneciente al FOMAG sostuvo que no existe ordenamiento médico emitido por profesional de la red de prestadores de esta entidad, que evidencie el suministro del servicio que mediante este trámite solicita”.⁵⁰ Además, nada dentro del expediente de tutela permite evidenciar que la accionante acudió ante las entidades del magisterio para solicitar el mantenimiento de la silla y el tratamiento integral, pues no hay prueba de ninguna negativa por parte del FOMAG frente a alguna solicitud que haya realizado la señora Tinjacá Suta.

1. No hay que olvidar que el Plan Integral de Salud del Magisterio también se rige bajo la máxima según la cual “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”,⁵¹ lo cual refuerza aún más la necesidad de otorgarles a las entidades del régimen exceptuado la posibilidad de que reciban, estudien y atiendan la solicitud de reparación de una silla entregada por vía de tutela. Para esto, es lógico exigirle a la afectada radicar la solicitud ante la entidad competente, antes de acudir a la acción de tutela. Con todo, en el caso concreto ocurrió todo lo contrario, pues la accionante nunca presentó la solicitud al FOMAG porque estimó que la negativa de Compensar era suficiente para que se le ordenara a ella la prestación del servicio, tanto así, que únicamente presentó la acción de tutela en su contra.

1. En ese orden de ideas, no se abre paso el estudio de fondo de la tutela frente a Fiduprevisora S.A., la UT Red Integrada Foscal CUB y la Fundación Avanzar FOS, como encargadas de la prestación de servicio de salud a la accionante en el régimen del Magisterio. Estas entidades no han realizado actividad alguna que derive en la vulneración de un derecho fundamental y jamás se les dio la oportunidad de pronunciarse sobre si procedía o no la reparación de una silla de ruedas entregada al dominio de su ahora afiliada.

1. Adicionalmente, como ya se expresó, se hace imposible un estudio de fondo por la posible existencia de un perjuicio irremediable, ya que Diana Patricia Tinjacá Suta, dentro de los alegatos que expuso en la tutela, jamás se refirió a la imposibilidad de asumir el costo de la

reparación, ni a alguna posible consecuencia irremediable por la falta de mantenimiento a la silla. Es más, no dio respuesta al auto de pruebas de la Corte que buscaba indagar por su situación personal y fuentes de ingreso como posibles circunstancias que ameritan flexibilizar la subsidiariedad.

Sus argumentos se basaron en que es deber de la EPS Compensar reparar la silla únicamente porque en el pasado se la compraron.⁵²

1. Conforme a lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión se encuentra imposibilitada para presumir su falta de capacidad económica en lo que se refiere a costear los gastos de mantenimiento o debido cuidado de un bien de su propiedad, más aún, si se encuentra cotizando como docente en el FOMAG. A falta de esos elementos y teniendo en cuenta que no acudió en debida forma a la a las entidades del régimen especial a solicitar lo pretendido, la acción de tutela será declarada improcedente.

1. La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional estudió un caso en el que se solicitó la reparación de una silla de ruedas motorizada de propiedad de la accionante, la cual fue entregada por la EPS Compensar por orden de un juez de tutela años atrás. La mencionada EPS se opuso porque la tutela se radicó en diciembre de 2022 y la accionante dejó de ser su afiliada en septiembre del mismo año. Actualmente es docente activa afiliada al FOMAG.

1. El juez de primera instancia concedió por la necesidad de darle continuidad a la prestación del servicio de salud, y, el de segunda instancia, revocó por subsidiariedad, exigiéndole acudir al incidente de desacato.

1. La Sala Cuarta de Revisión indagó por la situación en la que se encuentra actualmente la accionante y, en general, solicitó información a las entidades de ambos regímenes de salud, para aclarar los asuntos relativos a la cobertura de este procedimiento. Con esa información, se pudo determinar que el FOMAG es quien actualmente deberá responder por el tratamiento médico de su afiliada en materia de salud, por lo que ninguna de las entidades pertenecientes al SGSSS- incluida Compensar EPS que fue la única inicialmente accionada- están legitimadas por pasiva, motivo por el cual fueron desvinculadas.

1. Posteriormente, en el análisis de subsidiariedad, se encontró que si bien el mecanismo principal ante la Superintendencia de Salud al que la accionante podría acudir se ha estimado inidóneo, lo cierto es que la Señora Tinjacá Suta no realizó petición alguna ante su actual administradora de salud y, por tanto, no existe un hecho vulnerador por parte de las vinculadas para predicar una omisión que vulnere un derecho fundamental. Sin duda, se requería otorgarles previamente la oportunidad de realizar el análisis y estudio médico pertinente, pues de lo contrario se estaría utilizando la tutela como único mecanismo para reclamar el mantenimiento de un bien mueble entregado a su cuidado y propiedad y un tratamiento integral sin que haya sido previamente solicitado. Todo esto, sumado a la inexistencia de un perjuicio irremediable o necesidad urgente de protección que obligue a realizar el estudio de fondo en sede de tutela, hace que la acción deba declararse improcedente.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá que a su vez revocó la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá el 13 de enero de 2023 negando el amparo solicitado y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por Diana Patricia Tinjacá Suta contra Compensar EPS, por las razones expuestas en las consideraciones de la decisión.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 2, tutela y anexos. La información se encuentra en el fallo de tutela mencionado y en el dictamen de Compensar EPS, también incluido.

2 Expediente digital T-9.306.833. Esta información se corrobora con la respuesta remitida por

Compensar EPS al auto de pruebas de la Sala Cuarta emitido en el proceso de la referencia.

3 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 2, tutela y anexos. Informe GLX S.A.S suscrito por el ingeniero biomédico Néstor Fabio Andapiña.

4 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 2, tutela y anexos. Respuesta Compensar a Diana Patricia Tinjacá Suta. 26 de julio de 2022.

5 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 2, tutela y anexos. Acción de tutela y acta individual de reparto.

6 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 5. Fallo de Primera Instancia.

7 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 6, primera instancia Parte 1 archivos del 1 al 13. Respuesta Compensar.

8 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 6, primera instancia Parte 1 archivos del 1 al 13. Respuesta Juzgado 49.

9 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta ADRES.

10 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta Minsalud.

11 Ibidem.

12 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta Fiduprevisora.

13 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta Fundación Avanzar FOS.

14 Ibidem.

15 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta Secretaría Distrital.

16 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 6, primera instancia Parte 1 archivos del 1 al 13. Respuesta Supersalud.

17 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 7, primera instancia Parte 2 archivos del 13 al 18. Respuesta Porvenir.

18 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivos 6 y 7, primera instancia Parte 1 y 2 archivos del 1 al 13 y 14 al 18. Respuestas de la Junta Regional y Nacional.

19 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 5, fallo de primera instancia.

20 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivo 4, impugnación.

21 Expediente digital T-9.306.833. Consecutivos 3 y 11, sentencia de segunda instancia.

23 Cfr. Corte Constitucional, Auto de Pruebas del 23 de junio de 2023. Sala Cuarta de Revisión.

24 Ibidem. Valga aclarar que a todas las requeridas se les dio la posibilidad de remitir toda la demás información que consideraran pertinente para el proceso en curso.

25 Expediente digital T-9.306.833. Respuesta a requerimiento suscrita por el apoderado judicial de Compensar EPS.

26 Expediente digital T-9.306.833. Respuesta a requerimiento suscrita por un abogado de la Oficina Asesora Jurídica de la ADRES. Concluyó diciendo que “para ADRES existen dos alternativas jurídicas viables, que el magisterio financie la reparación de la silla o que el magisterio de una silla nueva, al ser el magisterio el responsable del aseguramiento en salud actualmente de la señora Diana Patricia Tinjacá Suta”.

27 Expediente digital T-9.306.833. Respuesta a requerimiento suscrita por el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social el 28 de junio de 2023.

28 Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten

vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”.

29 Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 86.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1015 de 2006.

31 Cfr. Decreto 2591 de 1991. Artículo 42. “Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.

32 Cfr. Decreto 3752 de 2003 “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones. Artículo 1. En la actualidad, según este Decreto, hay una obligación a cargo de las entidades territoriales de afiliar a su personal docente una vez es nombrado, de tal manera que todos ellos forman parte del régimen exceptuado.

33 Cfr. Ley 91 de 1989. Artículo 4. “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)”.

34 De hecho, según el numeral 6 del artículo 2.1.3.17 del Decreto único Reglamentario del Sector Salud, una de las causales de terminación de la inscripción en la EPS, es el cumplimiento de las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado.

35 Cfr. Cartilla del Modelo de Salud del Magisterio, publicada en la página oficial del Ministerio de Educación Nacional. Puede consultarse en: <https://www.mineducacion.gov.co/1621/article-190418.html>. Ver también Programa para el Fortalecimiento de Competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Puede consultarse en: <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2020/09/MEMORIAS-2020.pdf>.

36 Así lo confirma en artículo 2.1.3.18 del Decreto único Reglamentario del Sector Salud, que dispone: “La terminación de la inscripción en una EPS tiene como efecto para la EPS, la

cesación de la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios y las prestaciones económicas para los cotizantes del régimen contributivo. (...).”

37 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-183 de 2021 y T-697 de 2014. Esta última continúa: “Por lo que es claro que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, exige entonces que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no pueden dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios”.

38 Supra 8.

39 Supra 24.

40 Supra 1, 2 y 24.

41 Supra 11 y 12.

42Cfr. Corte Constitucional, Auto A-945 de 2022. “(...), esta corporación ha sostenido que dentro del conjunto de actos y trámites que componen el proceso “la admisión de la demanda es de vital importancia ya que a través de este acto procesal se establece el contacto inicial que tienen el juez, las partes y los demás intervinientes con el material que obra en el proceso”. Por ese motivo, la notificación del auto admisorio de la demanda a las personas que puedan verse afectadas por la decisión garantiza que cuenten con el conjunto suficiente de oportunidades procesales para ejercer sus derechos. En este orden de ideas, la Corte ha establecido una serie de criterios que circunscriben las obligaciones de los jueces de tutela ante la indebida conformación del contradictorio en el proceso de amparo. Veamos: (...) (i) Es deber del juez de tutela integrar el contradictorio en virtud del principio de oficiosidad. Puede ocurrir que la demanda se entable contra un sujeto distinto a quien se le puede imputar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, caso en el cual no debería prosperar la acción de tutela. Sin embargo, una vez se advierta la situación, el juez tiene la facultad oficiosa, antes de resolver el asunto, de vincular a la persona o entidad contra la cual ha debido obrar el demandante (...).”.

43 Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 86.

44 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-320 de 2021.

45 Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 86

46 Cfr. Decreto 2591 de 1991. Artículo 6.

47 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2020.

48 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2021.

49 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2023.

50 Supra 12.

51 Cfr. Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 2

52 Supra 5.