

Sentencia T-609/08

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Presupuestos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Ausencia

ACCION DE TUTELA-Naturaleza subsidiaria

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para resolver controversias contractuales cuando se advierta que la afectación de un derecho de naturaleza contractual implica la afectación de un derecho fundamental

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Doble carácter

DERECHOS PRESTACIONALES-Transmutación hacia un derecho subjetivo

Con respecto a la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, este Tribunal ha considerado que dado el carácter programático, y de desarrollo progresivo de los primeros, su efectividad no podrá solicitarse a través de mecanismos judiciales, en tanto, no se traduzcan en planes de ejecución estatales, ya que en su estado primigenio, mas que derechos, son principios orientadores del ejercicio de la función pública. Sin embargo, en la medida en la que estos derechos prestacionales sean objeto de desarrollo legal o reglamentario, que genere las condiciones en las cuales las personas puedan exigir del Estado el cumplimiento de una determinada prestación, opera la transmutación en un derecho subjetivo, susceptible de protección a través del ejercicio de la acción de tutela. En estas condiciones, esta corporación ha admitido, en materia del servicio de salud, que una vez el Estado dispone de la estructura institucional para su prestación, y de los recursos necesarios para su funcionamiento, desaparece el grado de indeterminación del derecho prestacional, dando paso a un derecho de contenido subjetivo en cabeza de las personas que, gracias a la relación funcional con la realización de la dignidad humana, adquiere el carácter de fundamental de manera autónoma, y es posible solicitar su protección a través de la acción de tutela.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza jurídica de los recursos

RECURSOS PARAFISCALES-Características

La Corte ha identificado como características de los tributos de naturaleza parafiscal su (i) obligatoriedad, en tanto se exigen en ejercicio del poder impositivo del Estado; (ii) su singularidad, en cuanto solo gravan a un grupo o sector determinado; (iii) su destinación específica, en tanto sólo se utilizan en beneficio exclusivo del grupo que lo tributa; (iv) su carácter de contribución, por cuanto no implican contraprestación que equivalga a la tarifa fijada; (v) su naturaleza pública, en tanto son recursos que pertenecen al Estado, no obstante no ingresan al presupuesto de la Nación; (vi) su carácter excepcional, porque así esta previsto en el numeral 12 del artículo 150 superior; y (vii) su sometimiento al control fiscal, debido a que por tratarse de recursos públicos, se verifica su debida utilización, de acuerdo con lo previsto en la ley, por parte de la Contraloría General de la Nación y de las contraloría territoriales.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud

ACCION DE TUTELA-Reintegro de dineros del Sistema de Seguridad Social Integral depositados en entidades financieras

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reintegro de dineros del Sistema de Seguridad Social en salud

Referencia: expediente T-1.797.119

Accionante:

Hélmer Zuluaga Vargas en representación de los menores Natalia Sanabria Flores, Nebai y Sebastián González Barragán, David Leonardo Ramírez Molina, Karen Tatiana García Pachón, de Sisalud LTDA IPS, y otros.

Demandado:

Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar LTDA EPS, Caja de Compensación Familiar Cafam

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil ocho (2008).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo Marco y Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de fallos de tutela proferidos por el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, a partir de la acción de amparo constitucional promovida por Hélder Zuluaga Vargas en representación de los menores Natalia Sanabria Flores, Nebai y Sebastián González Barragán, David Leonardo Ramírez Molina, Karen Tatiana García Pachón, Sisalud LTDA IPS, y otros, contra la Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar LTDA EPS, y la Caja de Compensación Familiar Cafam.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

El señor Hélder Zuluaga Vargas en representación de los menores Natalia Sanabria Flores, Nebai y Sebastián González Barragán, David Leonardo Ramírez Molina, Karen Tatiana García Pachón, cuyos padres han otorgado el correspondiente poder al accionante; de Sisalud LTDA IPS; de Fernando Forero Hincapié, María del Pilar Forero Hincapié, y en calidad de agente oficioso de todos los afiliados y trabajadores de Famisanar EPS, presentó acción de tutela para que les fueran protegidos los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al desarrollo armónico e integral, al ejercicio pleno de sus derechos y al máximo nivel de satisfacción de los mismos, a los “derechos constitucionales fundamentales de protección integral económica, en materia de salud y seguridad social en salud”, a la información, a la igualdad, a la equidad, al buen nombre, al debido proceso, a la

prevalencia de los derechos de los niños sobre lo de los demás, al derecho de petición, que según afirma, han sido violados por la Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar LTDA EPS, y la Caja de Compensación Familiar Cafam, al celebrar las dos últimas entidades contratos para la prestación del servicio de salud, sin estar Cafam habilitada jurídicamente para el efecto en los municipios de Soacha, Facatativa, el Rosal y Bojacá -Cundinamarca-, razón por la cual, sostiene el demandante, se produce una indebida destinación y utilización de los recursos públicos parafiscales de la salud y de la seguridad social en salud.

## 1. Reseña Fáctica

2.1 Entre Famisanar EPS y Sisalud IPS se han firmado varios contratos para la prestación del servicio de salud, entre los que se encuentra el celebrado desde el 1 de enero de 2004 y por un término de 5 años, con respecto a los cuales existe controversia entre las partes, en lo relacionado con su existencia y vigencia, tal y como consta en las comunicaciones que entre ellas se han dirigido. En tales contratos también se convino que las controversias que de ellos surgieran serían resueltas a través de la justicia arbitral (folios 1040-1041, 1044-1047, 1048-1051, 1117-1120, 1200-1229, Tomo II, 1310-1320, Tomo IV)

2.2 Sisalud IPS y la Caja de Compensación Familiar -Cafam- suscribieron, el 13 de enero de 2005, una alianza y un contrato de unión temporal con el objeto de prestar el servicio de salud a los afiliados al régimen contributivo de Famisanar EPS. Por virtud de los citados acuerdos, Cafam se comprometió a realizar todas las gestiones necesarias para contratar con Famisanar EPS la prestación del servicio de salud a sus afiliados al régimen contributivo, por su parte Sisalud IPS se comprometió a prestar el servicio de salud a los correspondientes usuarios. Las partes convinieron que los recursos derivados del pago que Famisanar EPS efectuara a la unión temporal por la prestación del servicio de salud a los usuarios, serían repartidos en un 24.1 % para Cafam y el restante 75.9 % para la IPS Sisalud. En estos acuerdos también se convino que los conflictos suscitados por causa de los mismos serían resueltos a través de la justicia arbitral. Con respecto al cumplimiento de las partes de los compromisos contenidos en la alianza y en la unión temporal actualmente existe controversia (folios 1028-1035, 1036-1037, 1098-1105 Tomo II).

2.3 La Caja de Compensación Familiar -Cafam- solicitó, el 30 de abril de 2007, a la Cámara

de Comercio de Bogotá convocar el correspondiente Tribunal de Arbitramento por el incumplimiento de Sisalud IPS de las obligaciones contenidas en el contrato de unión temporal celebrado entre las partes. Dicha demanda fue inadmitida por Auto del Tribunal de Arbitramento Caja de Compensación Familiar –Cafam- Sisalud IPS, del 14 de junio de 2007 y rechazada por falta de subsanación por medio del Auto del 3 de julio de 2007 (folios 1345-1367 Tomo II).

2.4 Por su parte, Cafam celebró, a partir del 1 de enero de 2005 por un término de 3 años, una alianza y constituyó una unión temporal con la Clínica Partenón LTDA, con el propósito de prestar el servicio de salud a los afiliados de Famisanar EPS del municipio de Facatativa (folios 1876-1883 Tomo IV).

2.5 La Caja de Compensación Familiar –Cafam- no estaba habilitada para prestar el servicio de salud en el municipio de Facatativa, tal y como lo señaló la Secretaria de Salud de Cundinamarca y la Superintendencia de Salud en la Resolución 202 de 2002 (folios 1009, 1437-1443 Tomo II).

2.6 Por solicitud presentada por IPS Sisalud LTDA, el 29 de diciembre de 2005, la Superintendencia Nacional de Salud inició investigación administrativa, a través del Auto 0950 del 26 de julio de 2006, por el supuesto traslado masivo de afiliados de la IPS Sisalud a la IPS Plenitud en Salud LTDA en el municipio de Facatativa. Como consecuencia de lo anterior, a través de la Resolución Número 202 del 6 de marzo de 2007, confirmada por la Resolución Número 1255 del 1 de agosto de 2007, se impuso a Famisanar EPS una multa por valor de Ocho Mil (8.000) salarios diarios legales vigentes, y le ordenó “garantizar a los afiliados del municipio de Facatativa, la libertad en la escogencia de la IPS dentro de las opciones por ella ofrecidas y cuyos servicios se encuentren debidamente inscritos y habilitados ante la Secretaria de Salud de Cundinamarca”, reconociendo además que la IPS Cafam no se encontraba habilitada para prestar servicios de salud en el municipio de Facatativa (folios 1437- 1443 Tomo II).

2.7 Para el año 2007 Famisanar EPS y la IPS Cafam tenían un contrato de prestación de servicios de salud para los afiliados a la misma (folio 1107 Tomo II).

2.7 Los menores en cuya defensa se presenta esta acción de tutela se encuentran afiliados a Famisanar LTDA EPS y su servicio de salud se presta por medio de IPS Sisalud LTDA (folios

10-12 Tomo I)

2.8 Los afiliados a Famisanar EPS en los municipios de Soacha, El Rosal, Bojacá y Facatativa han contado en todo momento con la prestación del servicio de salud a través de IPS Sisalud (folio 16 Tomo I).

2.9 Con base en los hechos narrados, el tres (3) de agosto de 2007, el señor Hélder Zuluaga Vargas formuló acción de tutela, para que se protegieran los derechos fundamentales de los menores en cuyo nombre se presenta solicitud de protección, y de aquellos a quienes afirma agenciar, que en su concepto resultan violados por la Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar LTDA EPS, y la Caja de Compensación Familiar Cafam, al celebrar las dos últimas entidades contratos para la prestación del servicio de salud, y al prestarlo en algunas oportunidades directamente sin estar Cafam habilitada jurídicamente para el efecto en los municipios de Soacha, Facatativa, el Rosal y Bojacá -Cundinamarca-, razón por la cual, afirma el demandante, se produce una indebida destinación y utilización de los recursos públicos parafiscales de la salud y de la seguridad social en salud.

### 3. Consideraciones de la parte actora

El señor Zuluaga Vargas, accionante, afirma que los derechos fundamentales de los menores que representa, de los demás afiliados a Famisanar EPS, y de sus trabajadores están siendo amenazados y violados por esta entidad, en tanto ha permitido que la Caja de Compensación Familiar -Cafam- preste servicios de salud a su nombre, sin estar habilitada jurídicamente para ello en los municipios de Bojaca, el Rosal, Facatativa y Soacha, produciéndose con ello una desviación y utilización ilegal de recursos de la seguridad social en una proporción de 24.1%.

Manifiesta el actor que Sisalud IPS celebró con Cafam una serie de alianzas y contratos de unión temporal con el propósito de prestar el servicio de salud a los afiliados a Famisanar EPS. En concepto del demandante estos contratos fueron "impuestos" por Famisanar EPS, y la intervención de Cafam en estos acuerdos constituye una intermediación prohibida por la ley, la cual resulta violatoria la Constitución Política y genera una desviación de recursos de la seguridad social en un 24.1%.

Para el accionante, en este caso procede la acción de tutela para la recuperación de recursos parafiscales del sistema de seguridad social en salud, por cuanto la Corte Constitucional en otros casos ha avalado el ejercicio de esta acción para este efecto. En este sentido, cita el accionante la Sentencia T-646 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell) en la que esta Corporación manifestó que “[a]lgunas de las acciones de tutela impetradas, en cuanto persiguen la restitución de dineros depositados o invertidos en entidades financieras, que corresponden a recaudos por concepto de cotizaciones, tarifas, copagos, cuotas moderadoras, o a recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, destinados a la seguridad social, que son administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios, están llamadas a prosperar, por tratarse de recursos que tienen una destinación constitucional específica (art. 48), como es la atención de la seguridad social, y aun cuando las prestaciones que los beneficiarios derivan de éstas algunas veces no tienen conexión con el goce de los derechos fundamentales, en otras ocasiones sí los involucran. En tal virtud, los administradores de dichos recursos están legitimados para impetrar la acción de tutela con miras a lograr que no se desvíe la destinación de dichos recursos y que no se afecten, por consiguiente, los eventuales derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios del sistema de seguridad social.”

Por otra parte, para el demandante, las actuaciones administrativas que han sido adelantadas por la Superintendencia Nacional de Salud, con respecto a la irregularidad que denuncia sólo han generado la imposición de sanciones para Famisanar EPS, que en su concepto “no ha producido sino risas, hilaridad y burlas para Sisalud IPS de parte de Famisanar LTDA EPS y Cafam, ante la nimiedad e insignificancia de los resultados obtenidos, y ante la gravedad y enormidad de los hechos denunciados, de suerte tal que la citada sanción (...), y(...), ha resultado totalmente (SIC) irríta e ilusoria”.

Finalmente, manifiesta el accionante que el derecho de petición le ha sido vulnerado a Sisalud IPS, por cuanto en diferentes oportunidades ha elevado solicitudes de información a Cafam y a Famisanar EPS con respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por virtud de las alianzas y contratos de unión temporal para la prestación de servicios de salud que entre ellas han celebrado, sin que hubiere obtenido ninguna respuesta de fondo.

#### 4. Pretensiones del demandante

Solicita el señor Helmer Zuluaga Vargas, accionante, que se protejan los derechos fundamentales de los menores a nombre de los cuales presenta la acción de tutela, de los trabajadores y afiliados a Famisanar EPS, a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al desarrollo armónico e integral, al ejercicio pleno de sus derechos y al máximo nivel de satisfacción de los mismos, a los “derechos constitucionales fundamentales de protección integral económica, en materia de salud y seguridad social en salud”, a la información, a la igualdad, a la equidad, al buen nombre, al debido proceso, a la prevalencia de los derechos de los niños sobre lo de los demás, al derecho de petición.

Las pretensiones consecuenciales de la anterior declaración, pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

\* El demandante solicita se ordené a Cafam la devolución de los dineros correspondientes a los pagos que Famisanar EPS ha efectuado en su favor, por la prestación del servicio de salud a sus afiliados.

\* Adicionalmente, que se ordene a Cafam y a Famisanar EPS abstenerse de seguir prestando el servicio de salud a los afiliados de esa entidad en las condiciones que denuncia.

\* Solicita, le sean contestadas todas las peticiones que se han presentado a Famisanr EPS y a Cafam en ejercicio del derecho fundamental de petición.

\* Finalmente, que se ordene el pago de las obligaciones e indemnizaciones correspondientes al incumplimiento de los contratos de alianza o unión temporal y prestación de servicios de salud que ha celebrado Sisalud IPS con Cafam y con Famisanar EPS.

\* El accionante solicita que en el caso en el que las anteriores pretensiones no sean

concedidas de manera definitiva por el juez constitucional, ellas sean concedidas transitoriamente con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

## 5. Respuesta de los entes accionados

Al ser varias las entidades accionadas se procederá a hacer una reseña de las respuestas que cada una de ellas ha dado dentro del procedimiento de la acción de tutela de la referencia.

### 5.1 Famisanar EPS

Manifiesta la entidad que el señor Fernando González, padre de los menores, Nebai y Sebastián González Barragán, en nombre de los cuales se presenta esta acción, se encuentra desafiliado de Famisanar EPS, razón por la cual no existe vínculo jurídico entre ellos, y por tanto no están legitimados para ser parte activa en esta acción de tutela. Con respecto a los demás afiliados que otorgaron poder al accionante para presentar la acción de la referencia, manifiesta la entidad que se encuentran activos y se les ha prestado la totalidad de servicios médicos requeridos, aceptando con ello su legitimación por activa.

En lo relacionado con los demás integrantes de la parte activa, manifiesta esta entidad que el accionante no cuenta con poder de Sisalud IPS, ni de los 14.018 menores, ni de los 687 ancianos, ni de los 33.700 usuarios, ni de los empleados de Sisalud IPS, ni de los 60 profesionales de la salud, que dice representar en este proceso.

En lo que tiene que ver con la posible configuración de una agencia oficiosa con respecto a las personas señaladas, sostiene Famisanar EPS, que ninguna de ellas ha ratificado en ninguna etapa del procedimiento el ejercicio de la acción de la referencia, ni ha manifestado porque razón se encuentran en la imposibilidad de ejercer directamente la acción, requisito necesario para que la citada figura tenga lugar. Por lo tanto para la entidad lo que el actor persigue, es la protección de un derecho de contenido colectivo, cuya protección debe ser pretendida a través del ejercicio de otras acciones judiciales.

Por otra parte, afirma Famisanar EPS que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de las personas señaladas en el escrito de tutela, puesto que en todo momento les ha sido garantizado el servicio de salud cada vez que lo han requerido.

Para Famisanar EPS, el ejercicio de esta acción constituye una actuación temeraria, por

cuanto considera que en este caso se está abusando del derecho al tomarse como propios derechos de otros.

Finalmente, con respecto a las afirmaciones del accionante referentes a la utilización ilegal de los recursos del sistema de seguridad social en salud, sostiene la entidad que todos sus estados financieros han sido aprobados, previo concepto favorable de la Revisoría Fiscal KPMG, y presentados a la Superintendencia Nacional de Salud, lo cual refleja el manejo transparente por parte de Famisanar EPS de los referidos recursos.

## 5.2 Caja de Compensación Familiar –Cafam–

Cafam manifiesta que el actor presenta una “amplia gama de derechos presuntamente vulnerados”, sin que exista en el expediente prueba que así lo acredite, y sin que se argumente la forma en la que cada uno de ellos resulta amenazado. Sostiene que por el contrario, cada uno de los accionantes ha recibido la atención médica requerida en cada caso.

En concepto de esta entidad, el accionante se dedica en su escrito de tutela a presentar argumentos relacionados con el cumplimiento de contratos entre las entidades demandadas, y su ejecución en desarrollo de un esquema de posible intermediación, los cuales han sido y deben ser, objeto de debate ante los correspondientes tribunales de arbitramento y en las investigaciones administrativas que para el efecto adelanta la Superintendencia Nacional de Salud.

Para Cafam, no es posible que el demandante actúe como agente oficioso de Sisalud IPS y de los más de 33.000 afiliados que dice agenciar, por no cumplir con los requisitos previstos en las normas pertinentes para el efecto.

## 5.3 Superintendencia Nacional de Salud

Manifiesta esta entidad que Sisalud IPS formó parte de la red prestadora de servicios de salud de Famisanra EPS en el municipio de Facatativa, que posteriormente la EPS cambió su red, y en esa localidad entró a prestar el servicio a través de Plenitud en Salud IPS. Este cambio fue comunicado por Famisanar EPS a sus usuarios, por medio de una carta circular general fechada el 29 de noviembre de 2005.

Manifiesta la Superintendencia que el 29 de diciembre de 2005 Silsalud IPS solicitó la apertura de una investigación administrativa en contra de Famisanar EPS, con el propósito de establecer si se habían configurado infracciones a las normas sobre libre y leal competencia, y libre escogencia de instituciones de salud IPS. Como resultado de esta investigación la Superintendencia Nacional de Salud sancionó a Famisanar EPS por la trasgresión de las citadas normas con la imposición de una multa equivalente a Ocho Mil (8.000) salarios diarios legales vigentes.

De la anterior decisión se dio traslado a la Secretaria de Salud de Cundinamarca y a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos, con el propósito de que cada una de esas entidades iniciaran los procedimientos administrativos correspondientes, si hubiere lugar a ello.

Por otra parte, sostiene la entidad que la situación de hecho que origina ésta acción de tutela corresponde a una controversia de carácter contractual y no a la violación del derecho fundamental a la salud.

#### 5.4 Clínica Partenón LTDA

Esta entidad se opone a la solicitud de tutela con base en tres argumentos: (i) ausencia de legitimación por activa; (ii) ausencia de vulneración de derechos fundamentales y (iii) existencia de otros mecanismos de protección de los derechos que se consideran violados.

Con respecto a la legitimación por activa considera la Clínica que el actor no puede actuar en calidad de agente oficioso de todos los usuarios de Famisanar EPS por no cumplir con los requisitos legales para el efecto.

Manifiesta la entidad que el actor parte de un supuesto erróneo, por cuanto si bien, sustenta su petición de tutela en la Sentencia SU-480 de 1997 en la que afirmó la Corte Constitucional que la acción de tutela es procedente para lograr la restitución de recursos parafiscales de la seguridad social cuando a ellos se les de una destinación diferente a aquella que la Constitución Política ordena, esta regla no se encuentra contenida expresamente en las consideraciones de la citada providencia, ni puede considerarse ratio decidendi de la misma.

Afirma la entidad, que desde el 1 de enero de 2005 ella se ha encargado de prestar los servicios de salud a los afiliados de Famisanar EPS en el municipio de Facatativa, por virtud de los contratos de unión temporal y alianza para la prestación de los servicios de salud, razón por la cual CAFAM no cumple directamente esta función.

Finalmente afirma la Clínica, que para resolver las controversias contractuales entre las entidades, existen otros los mecanismos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico para el efecto.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Sentencia de primera instancia

Mediante Sentencia del veintiuno de agosto de 2007, el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá concedió la protección de los derechos fundamentales amenazados, de acuerdo con la solicitud de tutela de la referencia. Sin embargo, el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil por providencia del veinticuatro de septiembre de 2007 declaró la nulidad de todo lo actuado por considerar que se omitió notificar de la misma a la Clínica Partenon, impidiendo con ello que ella pudiese ejercer su derecho de defensa en el proceso de la referencia.

Durante el trámite de la primera instancia el Juzgado negó la acumulación de otra acción de tutela presentada por Salud Mariana IPS y otros, contra las mismas entidades accionadas en esta causa.

Una vez surtido el procedimiento correspondiente, el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá, por Sentencia del 8 de octubre de 2007, decidió otorgar el amparo solicitado a los derechos fundamentales a (i) la salud, (ii) al acceso a la seguridad social en conexidad con la vida y la salud, (iii) a la libre escogencia de IPS de los usuarios de los municipios de el Rosal, Bojacá Facatativa y Soacha, (iv) y al derecho fundamental al buen nombre de Sisalud IPS; y negar la protección con respecto al derecho de petición de la misma entidad.

Consideró el Juzgado que los administradores de las IPS se encuentran legitimados para la presentación de acciones de tutela cuando ellas persiguen la protección de dineros destinados a la salud, por cuanto con ello se protegen los intereses de sus afiliados o

beneficiarios, tal y como ocurre en este caso. También consideró el despacho, que no existe legitimación por activa, ni agencia oficiosa con respecto a los trabajadores de la IPS por cuanto no acreditaron los requisitos exigidos por las normas pertinentes en la materia.

Señaló el Despacho, que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son contribuciones parafiscales de destinación específica. Que en tanto Cafam no es una entidad habilitada para actuar en calidad de IPS en los municipios del Rosal, Bojacá y Soacha, se produce una desviación y una indebida utilización de estos recursos en el ejercicio de una intermediación en la prestación de servicios de salud prohibida legalmente.

Manifiesta el fallador que en el municipio de Facatativa, la IPS Cafam sí se encuentra habilitada para prestar el servicio de salud a los afiliados de Famisanar EPS, razón por la cual las consideraciones con respecto al uso irregular de dineros de la seguridad social, no aplica para el caso de ese municipio.

Afirmó el fallador que en tanto se produjo un traslado de usuarios de Sisalud IPS a Clínica Partenon LTDA, se les impuso un límite injustificado al derecho fundamental a la libre escogencia de IPS y este resultó vulnerado por esa circunstancia.

Con respecto al derecho fundamental de petición, el juzgado consideró que él fue protegido a instancia de la decisión inicial proferida por ese despacho el veintiuno de agosto de 2007, que posteriormente se declaró nula por el superior.

En desarrollo de las anteriores consideraciones el juzgado ordenó:

\* A Cafam y a Famisanar EPS abstenerse de seguir prestando el servicio de salud en los municipios del Rosal, Bojacá y Soacha por medio de la figura de intermediación y con entidades no habilitadas para prestar dicho servicio.

\* A la Superintendencia Nacional de Salud iniciar las investigaciones administrativas por las prácticas ilegales desarrolladas por las entidades.

\* A Famisanar EPS aceptar el reintegro a su red de prestadores de Sisalud IPS.

\* A Cafam y Famisanar EPS abstenerse de tomar represalias contra Sisalud IPS por los hechos denunciados.

## 2. Impugnación

Las entidades accionadas impugnaron la decisión de primera instancia reiterando los argumentos presentados en la oposición a la tutela de la referencia. Adicionalmente presentaron los siguientes argumentos:

\* Para el fallador no se presenta irregularidad alguna en el municipio de Facatativa por estar IPS Cafam habilitada para prestar el servicio de salud, razón por la cual los accionados solicitan se aplique idéntica solución al caso de los demás municipios, en tanto IPS Cafam se encuentra habilitada para prestar el servicio de salud en los mismos.

\* Por otra parte, solicitan se aplique el principio de derecho según el cual “nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio”. Afirman las entidades demandadas, que Sisalud IPS consintió la celebración de los contratos de alianza y de unión temporal para la prestación de los servicios de salud de los afiliados a Famisar EPS en los municipios anotados, y que no puede ahora derivar de dichos convenios una desviación de recursos que consintió inicialmente.

El fallo de primera instancia también fue impugnado por el accionante en escrito presentado el 16 de octubre de 2007. Manifestó, que el Juzgado omitió incluir al municipio de Facatativa en la ordenes impartidas, que aun se encuentran peticiones formuladas carentes de respuesta por parte de Famisar EPS y de Cafam, y finalmente que nada se dispuso en la sentencia con respecto a la devolución de los dineros de la seguridad social por parte de Cafam, ni con respecto a las indemnizaciones y los intereses moratorios a que tiene derecho Sisalud IPS y de las que deben ser solidariamente obligadas Famisanar EPS y Cafam.

En la misma fecha el accionante presentó solicitud de nulidad de la sentencia de primera instancia, “dejando vivas y vigentes todas la demás actuaciones anteriores a la sentencia de tutela”, por considerar que se omitió vincular al proceso a la Secretaria de Salud de Cundinamarca y al Ministerio de Protección Social, de la cual desistió con posterioridad.

### 3. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2007, revocó el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá, debido a que consideró que el derecho a la seguridad social sólo se torna como fundamental, cuando con su vulneración se amenaza el derecho fundamental a la vida, dignidad humana, o a la integridad personal, que como se ha constatado en el caso de esta tutela no ocurre. No encuentra el fallador que con la realización de los contratos señalados a los largo de la solicitud de tutela, se vulnere de manera directa y actual algún derecho fundamental.

Para el fallador, los recursos parafiscales de la seguridad social pueden ser protegidos a través de acciones como la recumplimiento o de la intervención de entidades como la Contraloría General de la República o de la Superintendencia Nacional de Salud. En lo que tiene que ver con las controversias contractuales, para ese efecto, están previstos en los mismos contratos cláusulas arbitrales que permiten su solución.

Pone de presente el Tribunal que Sisalud IPS manifestó su voluntad en la celebración de los acuerdos, que sólo ahora en su concepto, redundan en una destinación irregular e ilegal de dineros de la seguridad social en salud.

En lo que tiene que ver con el derecho de los usuarios a libre escogencia de IPS y de EPS, encontró el Fallador que éste es un derecho de naturaleza legal y no fundamental como equivocadamente lo calificó el juez de primera instancia, que de acuerdo con este derecho, se garantiza la continuidad en la prestación del servicio de salud, sin que resulte vulnerado por el cambio de EPS.

Finalmente considera el Despacho, que no se acreditó en el proceso la vulneración del derecho fundamental al buen nombre de Sisalud IPS.

## III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los

artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

### 2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que “[T]oda 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.”

El anterior precepto constitucional es desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que “[l]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

Del análisis de las anteriores disposiciones, con respecto a la legitimación por activa en el ejercicio de la acción de tutela, se puede concluir que por regla general, sólo el titular del derecho fundamental que está siendo amenazado o violado está habilitado para presentar la solicitud de protección, bien sea de forma directa o a través de representante o apoderado judicial y, excepcionalmente se admite, que por medio de la figura de la agencia oficiosa, un tercero solicite la protección de los derechos fundamentales de una persona que no pueda adelantar su propia defensa, y finalmente que los personeros municipales y el Defensor del Pueblo podrán ejercerla también.<sup>1</sup>

Por tanto, es claro para esta Sala, que es posible ejercer la acción de tutela a través de la figura jurídica de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales agenciados esté en la imposibilidad de defenderlos por causas físicas o mentales, entre otras.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela se requiere que confluyan dos elementos a saber: (i) que el afectado se encuentre en la imposibilidad de adelantar la defensa de sus derechos fundamentales, y (ii) que en la solicitud de protección se manifiesten de manera clara y expresa las razones por las cuales el titular de los derechos se encuentra en esa situación, con la correspondiente prueba<sup>2</sup>.

En este caso, el señor accionante presenta la acción de tutela afirmando ser:

\* Apoderado judicial de los menores Natalia Sanabria Flores, Nebai y Sebastián González Barragán, David Leonardo Ramírez Molina, Karen Tatiana García Pachón, cuyos padres otorgaron el correspondiente poder a su nombre.

\* Apoderado judicial de Fernando Forero Hincapié, médico de Sisalud IPS, mayor de edad, conforme con el correspondiente poder otorgado para el efecto.

\* Apoderado judicial de María del Pilar Forero Hincapié, usuaria de Sisalud IPS, mayor de edad, conforme con el correspondiente poder otorgado para el efecto.

\* Apoderado judicial de Sisalud LTDA IPS de acuerdo con el correspondiente poder.

\* Agente oficioso de todos los usuarios de Sisalud IPS en los municipios de Facatativa, Bojacá, el Rosal y Soacha.

\* Agente oficiosos de los 14.018 niños afiliados a Famisanar EPS y usuarios de Sisalud IPS.

\* Agente oficioso de los 687 ancianos afiliados a Famisanar EPS y usuarios de Sisalud IPS.

\* Agente oficioso de los 33.700 afiliados a Famisanar EPS y usuarios de Sisalud IPS.

\* Agente oficioso de todos los trabajadores de Sisalud IPS.

Encuentra esta Sala de Revisión que con respecto a los menores que el actor dice representar obran en el expediente los correspondientes poderes que así lo acreditan.

Con respecto a los señores Fernando Forero Hincapié y María del Pilar Forero Hincapié, a los cuales el demandante afirma representar, encuentra esta Corporación que obran en el expediente los correspondientes poderes que así lo acreditan.

En lo relacionado con Sisalud IPS, entidad que el demandante dice representar, encuentra esta Sala que reposa en el expediente el correspondiente poder que da fe de ello.

Con respecto a todos los usuarios y trabajadores de Sisalud IPS en los municipios de Facatativa, Bojacá, el Rosal y Soacha, a los 14.018 niños, a los 687 ancianos y a los 33.700 afiliados a Famisanar EPS y usuarios de Sisalud IPS, de los cuales el actor afirma ser agente oficioso, encuentra esta Sala de Revisión que él no cuenta con dicha calidad.

De acuerdo con las reglas jurisprudenciales señaladas previamente por esta Sala, si bien es cierto la figura de la agencia oficiosa en materia de acción de tutela procede excepcionalmente, es necesario para que ella se configure que concurren dos elementos: (i) que el afectado se encuentre en la imposibilidad de adelantar la defensa de sus derechos fundamentales, y (ii) que en la solicitud de protección se manifiesten de manera clara y expresa esa situación y las razones por las cuales el titular de los derechos se encuentra en esa situación, con la correspondiente prueba.

En el caso concreto, si bien el accionante afirma actuar en calidad de agente oficioso de todos los usuarios y trabajadores de Sisalud IPS en los municipios de Facatativa, Bojacá, el Rosal y Soacha, de los 14.018 niños, de los 687 ancianos y de los 33.700 afiliados a Famisanar EPS y usuarios de Sisalud IPS, no expresa la razón por la cual ellos se encuentran en la imposibilidad de ejercer la acción de manera directa, y mucho menos presenta prueba alguna que acredite dicha circunstancia. Por tanto, ante el incumplimiento de los requisitos señalados por las normas pertinentes y por la jurisprudencia de esta Corporación para que se configure la figura jurídica de la agencia oficiosa, encuentra este Tribunal, que no existe legitimación en la causa por activa para presentar esta acción de tutela por el demandante en calidad de agente oficioso de las personas señaladas.

## 2.2 Legitimación pasiva

Famisanar EPS y la Caja de Compensación Familiar Cafam, empresas demandadas en este proceso de tutela, son entidades de carácter particular que se ocupan de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

La Superintendencia Nacional de Salud es una entidad de naturaleza pública, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en su condición de autoridad pública está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

### 3. Problema Jurídico

Corresponde a la Corte determinar si en el presente caso procede la acción de tutela ejercida por Helmer Zuluaga Vargas, accionante, en representación de los menores Natalia Sanabria Flores, Nebai y Sebastián González Barragán, David Leonardo Ramírez Molina, Karen Tatiana García Pachón, cuyos padres han otorgado el correspondiente poder al accionante, de Fernando Forero Hincapié, María del Pilar Forero Hincapié, y de Sisalud LTDA IPS, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al desarrollo armónico e integral, al ejercicio pleno de sus derechos y al máximo nivel de satisfacción de los mismos, a los “derechos constitucionales fundamentales de protección integral económica, en materia de salud y seguridad social en salud”, a la información, a la igualdad, a la equidad, al buen nombre, al debido proceso, a la prevalencia de los derechos de los niños sobre lo de los demás, y al derecho de petición, contra Famisanar LTDA EPS, y la Caja de Compensación Familiar -Cafam-, y la Superintendencia Nacional de Salud

Ya que en concepto del accionante, los citados derechos fundamentales de las personas que representa han sido vulnerados por Famisanar LTDA EPS, y la Caja de Compensación Familiar -Cafam-, al celebrar contratos para la prestación del servicio de salud, sin estar la última entidad habilitada jurídicamente para el efecto, en los municipios de Soacha Facatativa, el Rosal y Bojacá -Cundinamarca-, razón por la cual, considera se con estas actuaciones se esta en presencia de una ilegal destinación y utilización de los recursos públicos parafiscales de la salud y de la seguridad social en salud.

Con respecto a la Superintendencia Nacional, debe esta Sala de Revisión determinar si tal como lo sostiene el demandante, ha sido negligente frente a las irregularidades que se

presentan en la utilización de los recursos por parte de las entidades señaladas en el párrafo anterior, y si con ello también se vulneran los derechos de las personas que él representa.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales sólo cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ella se ejerza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este mismo sentido el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procederá 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”.

Del la interpretación de las anteriores normas jurídicas se ha deducido el principio de subsidiariedad de la acción de tutela. En aplicación del mismo, en el evento en el que para un caso concreto existan otros mecanismos de defensa judicial de derechos fundamentales, es deber del accionante ejercer dichas acciones, es decir, hacer uso de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial de los derechos, previstos en el ordenamiento jurídico para el efecto. Tampoco procede la acción de tutela, cuando estos mecanismos de defensa judicial han sido ejercidos, y encuentran pendientes de ser decididos de fondo. Lo anterior, salvo que dichos mecanismos (i) no resulten idóneos y eficaces para lograr la protección requerida, o (ii) cuando la acción de tutela se intenta como mecanismo transitorio de protección para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Es por ello que la acción de tutela no puede ser considerada como un instrumento de defensa judicial de derechos fundamentales que sustituya los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador para el efecto, ni puede considerarse como una herramienta que reviva términos vencidos, u oportunidades procesales precluidas por la inactividad injustificada del actor. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación, también ha admitido la procedencia de la acción de tutela cuando ante la existencia de otros mecanismos de protección judicial de derechos fundamentales,

En consecuencia, en aplicación del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, sólo procede cuando no existen mecanismos ordinarios para la protección de los derechos

fundamentales vulnerados.

#### 5. Procedencia de la acción de tutela para resolver conflictos de naturaleza contractual.

Particularmente en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos legales de contenido contractual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup>, el ordenamiento jurídico se encuentra irradiado por la Constitución Política, de tal forma que todas las normas de inferior jerárquica deben respetar y ser interpretadas conforme con los contenidos superiores. Consecuencia de ello, es que la interpretación de las leyes y de los contratos debe estar orientada por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, no obstante los actos jurídicos celebrados por los particulares, corresponden a la orbita del derecho privado, y al ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada<sup>4</sup>.

Si bien es cierto, como se señaló previamente, la celebración de contratos por los particulares debe respetar los derechos fundamentales, no significa necesariamente que las controversias que de ellos surjan deban ser resueltas por el juez de tutela. Por el contrario, para esta Corporación es claro que las controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos deben ser ventiladas y resueltas por la jurisdicción ordinaria.

En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado que “[l]a acción de tutela es un mecanismo para la protección de derechos fundamentales. Los asuntos del conocimiento del juez de tutela deben contar con la presencia de un derecho fundamental el cual se considera presuntamente vulnerado. La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que, como regla general<sup>5</sup>, la tutela no es el mecanismo procedente para el estudio de controversias de tipo contractual, puesto que este no es el objeto de conocimiento del juez de amparo”. (Sentencia T-587 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En este orden de ideas, la regla general indica que la acción de tutela no es el mecanismo judicial para resolver conflictos de naturaleza legal relacionados con materias contractuales, y ella sólo procederá excepcionalmente cuando se advierta que la afectación de un derecho de naturaleza contractual, implica la afectación de un derecho fundamental, es decir, cuando se evidencie que un conflicto contractual toma importancia constitucional, y se acredita que los medios de defensa judicial no resultan idóneos para lograr el restablecimiento de los derechos vulnerados.

## 7. Protección del derecho a la salud por medio del ejercicio de la acción de tutela

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social tiene una doble connotación. La primera, como derecho de todos los habitantes del territorio nacional y la segunda como un servicio público. De acuerdo con el aspecto de la seguridad social de servicio público, corresponde al Estado la dirección, coordinación y control de su prestación, con el objetivo de lograr la protección de la persona humana y contribuir a su desarrollo y bienestar. En lo que respecta a su arista de derecho, esta Corporación ha señalado su naturaleza prestacional, cuya garantía se materializa de manera progresiva<sup>6</sup>.

En su orbita de derecho prestacional, la seguridad social demanda, para su goce efectivo, del desarrollo legal y de la provisión de la estructura y los recursos suficientes para tal fin. Por lo anterior, el carácter progresivo y programático, impone al Estado el deber de procurar su materialización, con la orientación de los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, integralidad, unidad y participación entre otros, para lo cual debe desarrollar una actividad de garantía, de acuerdo con los principios fundantes del Estado Social de Derecho.<sup>7</sup>

Por lo anterior, dado el carácter prestacional y asistencial del derecho a la salud, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para procurar su protección.

Sin embargo, este Tribunal ha estimado, en nutrida jurisprudencia, que a la seguridad social en salud, y en general los derechos de contenido prestacional, les puede ser reconocido el carácter de derecho fundamental cuando se (i) trate de un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de menores o de personas de la tercera edad entre otros; o por (ii) que se esté en presencia de una situación en la que es posible identificar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que lleven a concluir que la amenaza o violación del derecho a la salud en el caso concreto, implique la amenaza o vulneración de otros derechos fundamentales de las personas, como por ejemplo la vida, la dignidad humana o el trabajo entre otros<sup>8</sup>; o (iii) porque se presente la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales<sup>9</sup>.

Con respecto a la naturaleza fundamental del derecho a la salud cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, la jurisprudencia constitucional ha sentado que “[e]n el caso de la infancia<sup>10</sup>, las personas con discapacidad<sup>11</sup> y los adultos mayores<sup>12</sup>, la

jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo”<sup>13</sup>.

En lo relacionado con la naturaleza de fundamental que puede ser adquirida por los derechos prestacionales, en particular la salud, cuando ellos se encuentran en íntima relación con uno que sí es por esencia fundamental esta Corporación ha considerado que “[l]a prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”<sup>14</sup>.

Por su parte, con respecto a la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, este Tribunal ha considerado que dado el carácter programático, y de desarrollo progresivo de los primeros, su efectividad no podrá solicitarse a través de mecanismos judiciales, en tanto, no se traduzcan en planes de ejecución estatales, ya que en su estado primigenio, mas que derechos, son principios orientadores del ejercicio de la función pública. Sin embargo, en la medida en la que estos derechos prestacionales sean objeto de desarrollo legal o reglamentario, que genere las condiciones en las cuales las personas puedan exigir del Estado el cumplimiento de una determinada prestación, opera la transmutación en un derecho subjetivo, susceptible de protección a través del ejercicio de la acción de tutela<sup>15</sup>.

En estas condiciones, esta corporación ha admitido, en materia del servicio de salud, que una vez el Estado dispone de la estructura institucional para su prestación, y de los recursos necesarios para su funcionamiento, desaparece el grado de indeterminación del derecho prestacional, dando paso a un derecho de contenido subjetivo en cabeza de las personas que, gracias a la relación funcional con la realización de la dignidad humana, adquiere el

carácter de fundamental de manera autónoma, y es posible solicitar su protección a través de la acción de tutela<sup>16</sup>.

En aplicación concreta de lo anterior, en materia de seguridad social en salud, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional han concurrido a regular, darle contenido y reglamentar el ejercicio del derecho, de manera tal, que se ha creado un sistema institucional, normativo y prestacional, que permite a las personas acceder a los servicios concretos, que en materia de salud requieren. En tal sentido la Ley 100 de 1993, y el Decreto 806 de 1998 entre otras normas, se han ocupado de materializar derechos subjetivos en favor de usuarios del sistema de seguridad social en salud, en cuanto diseñaron planes de beneficios a los que pueden acceder las personas con el propósito de mantener o reestablecer su salud<sup>17</sup>.

Los citados planes de beneficios, contienen tratamientos, procedimientos, medicamentos, y en general los servicios médicos que el Sistema de Salud cubre. A su vez, también contienen, exclusiones y limitaciones en la prestación de servicios, lo cual resulta admisible desde el punto de vista de los principios constitucionales que ordenan la materia, dado que estos deben aplicarse de manera armónica y ponderada. Así al conjugar los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, y progresividad, para la concreción del derecho a la seguridad social en salud, resulta comprensible que frente a la escasez de recursos del Sistema, se cree un régimen de exclusiones y limitaciones, cuyo propósito se relaciona la distribución y utilización de los recursos en la cobertura de los servicios de salud mas urgentes y prioritarios, con el fin de garantizar la viabilidad financiera del Régimen de Salud<sup>18</sup>.

En consecuencia, gracias a la regulación normativa referida, las personas pueden reclamar del Estado el suministro de medicamentos y la practica de procedimientos incluidos en los planes de salud. En el evento en el que lo que se requiere en un caso concreto no este contenido en el correspondiente plan de salud, se verifica el cumplimiento de los requisitos fijados por esta Corporación<sup>19</sup> para inaplicar el régimen de exclusiones y limitaciones, al que se hacia referencia, con el objeto de garantizar los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, entre otros<sup>20</sup>.

Complementario a lo anterior, en los eventos en los que se reclame un medicamento o servicio médico concreto, que se encuentre incluido dentro de los planes de salud, procederá

el juez de tutela a concederlo sin considerar si se cumplen o no los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha delineado para eventos de negación de prestaciones excluidas de los planes de salud<sup>21</sup>.

## 8. Naturaleza jurídica de los recursos del sistema de seguridad social

Esta Corporación ha sostenido en su jurisprudencia<sup>22</sup> de manera uniforme y reitera, que los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral son de naturaleza parafiscal.

De acuerdo con lo dispuesto por esta Corporación, las contribuciones parafiscales son un instrumento de generación de ingresos públicos, los cuales implican un gravamen establecido por la ley con carácter impositivo, para afectar a un grupo social o económico y que debe ser utilizado en beneficio del mismo. La Corte ha identificado como características de los tributos de naturaleza parafiscal su (i) obligatoriedad, en tanto se exigen en ejercicio del poder impositivo del Estado; (ii) su singularidad, en cuanto solo gravan a un grupo o sector determinado; (iii) su destinación específica, en tanto sólo se utilizan en beneficio exclusivo del grupo que lo tributa; (iv) su carácter de contribución, por cuanto no implican contraprestación que equivalga a la tarifa fijada; (v) su naturaleza pública, en tanto son recursos que pertenecen al Estado, no obstante no ingresan al presupuesto de la Nación; (vi) su carácter excepcional, porque así está previsto en el numeral 12 del artículo 150 superior; y (vii) su sometimiento al control fiscal, debido a que por tratarse de recursos públicos, se verifica su debida utilización, de acuerdo con lo previsto en la ley, por parte de la Contraloría General de la Nación y de las contraloría territoriales.<sup>23</sup>

Aplicando las anteriores características a los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, no cabe duda de que son ellos una contribución parafiscal. Así ha sido reconocido por esta Corporación “pues en verdad éstos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de

servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas.”<sup>24</sup>

En la misma línea de interpretación planteada, esta Corporación ha señalado que las entidades públicas y privadas que tiene a su cargo el manejo de recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, como en el caso de fondos de pensiones y de entidades promotoras de salud, administran recursos de naturaleza parafiscal y por tanto en ningún evento, pueden destinarlos a finalidades diferentes a aquellas previstas en la ley que los regula. Por tanto, al ser los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral contribuciones parafiscales, sólo pueden ser destinados a las finalidades relacionadas con el mismo<sup>25</sup>.

Finalmente, es necesario que esta Corporación señale que además del control fiscal, que sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, ejerce la Contraloría General de la Nación, y las contralorías territoriales, la Superintendencia Nacional de Salud desarrolla las funciones de inspección, vigilancia y control sobre quienes “programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del sistema general de seguridad social en Salud”, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1018 de 2007 “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dicta otras disposiciones”.

#### 9. Procedibilidad de la acción de tutela para obtener el reintegro de recursos del sistema de seguridad social

Esta Corporación ha admitido que eventualmente, cuando concurren ciertas circunstancias, es posible que los administradores de recursos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social Integral ejerzan la acción de tutela con el propósito de obtener su restitución.

Así, la Corte ha afirmado que la acción de tutela procede para obtener el reintegro de dineros de la seguridad social, en casos muy particulares y puntuales, relacionados con eventos en los que dichos dineros se encontraban depositados en entidades financieras que entraban en liquidación, quedando la reclamación de los mismos, sujeta a lo que en el correspondiente proceso liquidatorio se decidiera, sometiéndolos con ello, por un lado, a una incertidumbre con respecto a cual sería su destino una vez terminado el proceso, y por otra, a un congelamiento que impedía que fueran utilizados para la prestación del servicio de salud a la población, y eventualmente vulnerando con ello derechos fundamentales de las personas

afiliadas a las correspondientes EPS. En este sentido la Corte Constitucional afirmó que:

“Dentro de dicho proceso liquidatorio puede suceder que los actos del liquidador afectan los intereses, las acreencias, las prelación y los derechos que crean tener los distintos sujetos que tenían cuentas o depósitos en las diferentes modalidades que ofrecían las entidades sometidas a liquidación por la Superintendencia Bancaria. En tal caso, existen medios de defensa judicial específicos que hacen improcedente, en principio, la acción de tutela, pues ésta es eminentemente subsidiaria y residual, ya que no tiene la virtud de desplazar la acción ordinaria que existe para satisfacer las pretensiones que se exigen. No obstante, a pesar de la existencia de dichos medios, la tutela en ciertas circunstancias puede ser viable como mecanismo transitorio para impedir un perjuicio irremediable.

Los referidos recursos provienen de contribuciones parafiscales, que son definidas en el artículo 2 de la ley 225 de 1995 como aquellos gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y son utilizadas para beneficio del propio sector.

(...)

2.6. Algunas de las acciones de tutela impetradas, en cuanto persiguen la restitución de dineros depositados o invertidos en entidades financieras, que corresponden a recaudos por concepto de cotizaciones, tarifas, copagos, cuotas moderadoras, o a recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, destinados a la seguridad social, que son administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios, están llamadas a prosperar, por tratarse de recursos que tienen una destinación constitucional específica (art. 48), como es la atención de la seguridad social, y aun cuando las prestaciones que los beneficiarios derivan de éstas algunas veces no tienen conexión con el goce de los derechos fundamentales, en otras ocasiones si los involucran. En tal virtud, los administradores de dichos recursos están legitimados para impetrar la acción de tutela con miras a lograr que no se desvíe la destinación de dichos recursos y que no se afecten, por consiguiente, los eventuales derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios del sistema de seguridad social.

2.7. En cambio, no serán concedidas las tutelas impetradas por la Liga Colombiana de Lucha contra la Epilepsia; la Empresa Antioqueña de Energía ESP; Fundación María Teresa Roldán

de Vargas; el Fondo Nacional de Ahorro y Construcciones Vicpar & CIA S. en C., pues se trata de depósitos e inversiones en entidades financieras, que provienen de recursos que no tienen el carácter de contribuciones parafiscales destinadas a la seguridad social, y sobre los cuales no opera la afectación y protección constitucional a que alude el art. 48. Por consiguiente, las acreencias de dichos demandantes sólo pueden ser satisfechas con base en las reglas y los trámites que rigen el proceso liquidatorio correspondiente.”(Sentencia T-696 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell)

En el mismo sentido esta Corporación ha avalado la procedencia de la acción de tutela en otros casos en los que dineros pertenecientes al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud se encuentren depositados en entidades financieras que entran en procesos de liquidación, con el propósito de evitar la violación de derechos fundamentales de las personas afiliadas a las respectivas EPS afectadas por tal situación. Al respecto es posible consultar las sentencias T-696 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-831 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-1622 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-1679 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz).

En consecuencia, el ejercicio de la acción de tutela para obtener el reintegro de dineros del Sistema de Seguridad Social Integral procede cuando quiera que ellos se encuentren depositados en una entidad financiera y ella entra en liquidación. Lo anterior con el propósito de que la restitución de estos dineros no se someta a la incertidumbre de un proceso liquidatorio, y a que puedan ser utilizados en el Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, para la prestación del servicio a la población, y con ello evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas afiliadas al sistema.

#### 10. Caso concreto

De acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente, en el presente caso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- Que Sisalud IPS celebró con Famisanar EPS una serie de contratos para la prestación del servicio de salud a sus afiliados en los municipios de Facatativa, el Rosal, Bojacá y Soacha.
- Que Sisalud IPS, celebró con la Caja de Compensación Familiar -Cafam- una alianza para la prestación de servicios de salud a los afiliados de Famisanar EPS en los Facatativa, el Rosal,

Bojaca y Soacha.

- Que Sisalud IPS celebró con la Caja de Compensación Familiar -Cafam- un contrato de unión temporal para la prestación de servicios de salud a los afiliados de Famisanar EPS en los municipios de Facatativa, el Rosal, Bojacá y Soacha.

- Que los anteriores acuerdos contenían cláusulas compromisorias para resolver los conflictos, que como consecuencia de su aplicación e interpretación se presentaran.

- Que entre Sisalud IPS y Famisanar EPS existen controversias con respecto al cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos que han suscrito para la prestación de servicios de salud a los afiliados de la segunda entidad en los municipios de Facatativa, el Rosal, Bojacá y Soacha.

- Que entre Sisalud IPS y la Caja de Compensación Familiar Cafam, existen controversias con respecto a la existencia y al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la alianza para la prestación de servicios de salud a los afiliados a Famisara EPS en los municipios de Facatativa, el Rosal, Bojacá y Soacha.

- Que entre Sisalud IPS y la Caja de Compensación Familiar Cafam, existen controversias con respecto a la existencia y al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de unión temporal para la prestación de servicios de salud a los afiliados a Famisara EPS en los municipios de Facatativa, el Rosal, Bojacá y Soacha.

- Que la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia, sancionó con multa a Famisanar EPS, por los mismos hechos que sustentan esta solicitud de protección, le ordenó abstenerse en lo sucesivo de continuar con las conductas censuradas, y ofició a la Secretaria de Salud de Cundinamarca y a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos, con el propósito de que cada una de esas entidades iniciaran los procedimientos administrativos correspondientes si hubiere lugar a ello.

Teniendo en cuenta las circunstancias que constituyen el caso concreto, debe esta Sala de Revisión, antes de realizar cualquier análisis de fondo, estudiar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para la protección de los derechos que el actor afirma han sido

amenazados y vulnerados en esta ocasión.

De la narración de los hechos que originan la solicitud de protección y de los documentos aportados por el demandante, encuentra esta Sala que el conflicto presentado a consideración del juez de tutela, se deriva de las controversias originadas en los contratos de alianza y de unión temporal celebrados entre Sisalud IPS y la Caja de Compensación Familiar -Cafam- para la prestación del servicio de salud a los afiliados a Famisanar EPS en los municipios del Rosal, Bojacá, Facatativa y Soacha. También encuentra la Corte, que en dichos contratos existen cláusulas compromisorias, de acuerdo con las cuales los conflictos originados en la interpretación y cumplimiento de los citados contratos deberán ser resueltos a través de la justicia arbitral. Prueba de todo lo anterior, son los mismos contratos y las comunicaciones enviadas entre las partes, documentos presentados por el accionante junto con su escrito de tutela.

Tal y como se señaló en las consideraciones generales de esta Sentencia, por regla general la acción de tutela no procede cuando existen mecanismos ordinarios de protección de los derechos fundamentales, salvo cuando se acredite que (i) existiendo otros mecanismos judiciales, visto el caso concreto, no resultan idóneos y eficaces para brindar una protección efectiva; o (ii) cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

No obstante el actor solicita la protección de derechos fundamentales de sus representados, sus pretensiones están relacionadas con el cumplimiento de obligaciones contractuales, que en su concepto no han sido satisfechas. Es claro, para este Tribunal que el mecanismo para la solución de las controversias presentadas por el actor no es la acción de tutela. La solución de las citadas discrepancias debe tener lugar en la jurisdicción arbitral, tal y como se encuentra establecido en los mismos contratos celebrados entre las partes. Así, en aplicación del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, en este caso concreto resulta desplazada por el mecanismo ordinario de solución de este conflicto en particular, y por tanto no es procedente. En este caso, encuentra esta Corporación que el mecanismo ordinario de protección de los derechos, que se afirma, están siendo objeto de vulneración, es la convocatoria de un tribunal de arbitramento, o en su defecto la jurisdicción ordinaria, para que sea en ese espacio en el que se ventilen las discusiones propias de la existencia y cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos celebrados entre Sisalud IPS y la

Caja de Compensación Familiar -Cafam-, resultando este mecanismo idóneo para brindar la protección a los derechos de las dos partes, dado que ellos se circunscriben a prestaciones debidas entre las partes de contenido económico.

En aplicación de la misma regla de subsidiariedad, también encuentra esta Sala que las personas representadas por el actor, no se encuentren avocadas a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable frente a ningún derecho fundamental, que permita concluir que la acción de tutela, en este caso concreto, proceda. Prueba de ello, es que el actor, ni siquiera afirme en su escrito de tutela, que con respecto a algún derecho fundamental de sus poderdantes, se este en peligro de que se configure un perjuicio irremediable, y por supuesto, tampoco presenta ninguna prueba de ese hecho.

La anterior regla cobra especial relevancia, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, en el caso particular de controversias contractuales la acción de tutela, no es por regla general, un mecanismo de solución de las mismas. Solamente, de manera excepcional procederá la tutela para ese efecto, cuando se constate que con la violación de un derecho de índole contractual, se produce una afectación de un derecho fundamental, cobrando el conflicto con ello, relevancia constitucional, permitiendo de esta forma que la acción de tutela proceda para la protección de los derechos agraviados en el caso concreto.

Por tanto, no encuentra esta Corporación prueba alguna de que en el caso concreto, por el incumpliendo de obligaciones, o discrepancias en la interpretación de los contratos celebrados entre Sisalud IPS y Cafam, se derive una amenaza o violación a los derechos fundamentales de las partes o de algún usuarios de la IPS. Por tanto, resulta particularmente improcedente la acción de tutela en este caso, para resolver los conflictos contractuales suscitados entre las partes, ya que no se encuentra bajo amenaza o vulneración ningún derecho fundamental. Como ya se anotó, las controversias señaladas deberán ser ventiladas y resueltas a instancia del correspondiente tribunal de arbitramento que se convoque para el efecto, o ante la jurisdicción ordinaria, como mecanismo ordinario de protección de derechos en este caso.

Por otra parte, con respecto a la protección del derecho a la salud a través del ejercicio de la acción de tutela, este Tribunal ha considerado, que si bien en principio no procede para este

efecto, por tratarse de un derecho de contenido prestacional, este derecho toma el carácter de fundamental, y consecuentemente procede su protección a través de la acción de tutela, cuando se trata (i) de un sujeto de especial protección constitucional, como los menores o los ancianos; o (ii) cuando con la amenaza o vulneración del derecho a la salud se pone en peligro un derecho de rango fundamental, como la vida o el trabajo; o (iii) cuando ha operado la transmutación del derecho prestacional, en este caso la salud, en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales.

Encuentra esta Sala que si bien, el actor afirma en su escrito de tutela que con las actuaciones de Famisanar EPS y de la Caja de Compensación Familiar -Cafam- se esta vulnerando el derecho a la salud de sus representados, algunos de ellos menores de edad, coinciden el demandante y las entidades accionadas en señalar que la prestación del servicio de salud de todos los afiliados a Famisanar EPS en los municipios citados, se ha venido proveyendo con normalidad cada vez que cada uno de ellos lo ha requerido. Adicionalmente el accionante, no presenta ninguna prueba que permita establecer que en el caso concreto de alguno de sus poderdantes se haya negado alguna prestación médica, que en el caso de los menores y adultos mayores signifique una vulneración de su derecho fundamental a la salud, o en el caso de los mayores signifique una afectación de su derecho prestacional a la salud, o que por la vulneración del derecho a la salud se este amenazando algún derecho fundamental, que permita en alguno de los casos, que la acción de tutela proceda.

Con respecto al tema de la naturaleza jurídica de los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, esta Corporación ha sentado que ellos constituyen verdaderos tributos que toman la forma de contribuciones parafiscales de destinación específica, tanto en el caso de los recursos del sistema de seguridad social de pensiones y como en el de salud. Es por ello, que estos dineros comparten todas las características de las contribuciones parafiscales, imposibilitando de esta forma, que sean utilizados para propósitos distintos a ser invertidos en el Sistema de Seguridad Social Integral. El control fiscal en su utilización corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales. Por su parte, corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud el ejercicio del poder de inspección, control y vigilancia sobre la conducta de quienes administran los recursos del sistema de seguridad social en salud.

En atención a lo anterior, esta Corporación ha admitido que excepcionalmente la acción de tutela pueda ser ejercida por quienes administran recursos del Sistema Integral de Salud, cuando estos dineros se encuentran depositados en una entidad financiera que ha entrado en un proceso liquidatorio. Lo cual se explica en tanto, como quedó dicho, los recursos de la seguridad social están afectados a la finalidad que la ley ha previsto para ellos, es decir, únicamente pueden ser invertidos, en tareas relacionadas con el mismo Sistema de Seguridad Social Integral. En estos casos, con la acción de tutela se pretende evitar que los dineros del Sistema de Seguridad Social Integral, por una parte, queden sujetos a lo que se decida en el respectivo proceso liquidatorio, y por otra, queden inmóviles durante un periodo, impidiendo que sean utilizados para atender las necesidades de la población en materia de salud, y con ello evitar que se vulneren derechos fundamentales de quienes se encuentran afiliados a las correspondientes entidades.

En este evento, acierta el actor al afirmar que los recursos de salud son públicos, de naturaleza parafiscal, y de destinación específica. Sin embargo, no es posible que esta Corporación admita que el ejercicio de la acción de tutela resulta apropiado para la recuperación de estos dineros en todos los eventos. La acción de tutela procederá, solamente para la recuperación de esas sumas de dinero cuando se encuentren depositadas en entidades financieras en proceso de liquidación, con el objeto de evitar que queden sujetos a la incertidumbre del mismo proceso, que no puedan ser utilizados para las finalidades relacionadas con el sistema de seguridad social integral y para evitar que se vulneren derechos fundamentales en casos concretos de afiliados a las entidades.

Observa la Corte que, en este caso, el actor persigue que se ordene a la Caja de Compensación Familiar -Cafam- la devolución de dineros del Sistema de Seguridad Social Integral que ha utilizado para prestar servicios de salud a los afiliados de Famisanar EPS, por cuanto en su concepto, los recursos están siendo objeto de una destinación y utilización distinta a aquella a la que se encuentran afectos por la ley, por no encontrarse la entidad, habilitada administrativamente para realizar dicha labor. Para la Corte, los supuestos de hecho que fundamentan la petición del actor no cumplen con los requisitos, ni encuadran en los eventos en los que la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para lograr el reintegro de estos recursos, por las razones que a continuación se exponen.

Encuentra esta Sala de Revisión que, la situación planteada por el actor difiere de aquellas

en las que esta Corte ha permitido que la acción de tutela proceda para la recuperación de dineros del Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto en este caso, lo que pretende el actor, es que se ordene a través de la acción de tutela, a la Caja de Compensación Familiar -Cafam- la devolución de dineros públicos parafiscales de la seguridad social en salud, evaluando de manera previa, si ella ha actuado o no, con la habilitación necesaria para prestar el servicio de salud en los municipios citados, y estableciendo si con sus actuaciones, ha contravenido las correspondientes normas legales en la materia.

En consecuencia, para esta Sala es claro, que no le corresponde al juez de tutela, ni a la Corte Constitucional, como lo pretende el actor, evaluar si los recursos de salud han sido utilizados conforme con las finalidades previstas en la ley. Lo anterior, por no contar este Tribunal con la facultad constitucional para ello, ni con los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros necesarios para adelantar tales investigaciones.

Si el juez de tutela decidiera ejercer las tareas de control fiscal, o de inspección control y vigilancia, en la práctica se estaría abrogando funciones de otras entidades estatales, que sí están investidas de la competencia constitucional y legal, y dotadas de los recursos necesarios, para adelantar las correspondientes investigaciones.

En este orden de ideas, tal y como esta Corporación lo ha señalado en otras oportunidades, el control fiscal sobre los recursos públicos de naturaleza parafiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud, se reitera, debe ser ejercido por la Contraloría General de la República; y el ejercicio de los poderes de inspección, vigilancia y control sobre quienes manejan y administran estos recursos corresponde a la Superintendencia Nacional de salud, y no a los jueces de tutela.

Por lo anterior, al no encuadrar la situación de hecho que origina esta acción de tutela, en aquellas en las que la Corte ha admitido su procedencia para obtener el reintegro de dineros públicos parafiscales del Sistema de Seguridad Social en Salud, encuentra esta Sala que, visto el caso concreto, no resulta procedente el ejercicio de esta acción.

Con respecto a la afirmación del actor, según la cual la Superintendencia Nacional de Salud ha sido negligente en el cumplimiento de sus funciones para investigar los hechos narrados en su solicitud de tutela, encuentra esta Sala que tal apreciación resulta equivocada, si se tiene en cuenta que esa entidad ya ha adelantado las correspondientes investigaciones

administrativas en contra de Famisanar EPS y de la Caja de Compensación Familiar –Cafam-, con el propósito de establecer si han actuado conforme con las normas que regulan la prestación del servicio de salud, y fruto de ello ha proferido las resoluciones número 202 del 6 de marzo de 2007, y 1255 del 1 de agosto de 2007. Adicionalmente en las mismas oportunidades, esa entidad ordenó dar traslado de las denuncias presentadas por Sisalud IPS, a la Secretaria de Salud de Cundinamarca, y a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos, con el objeto de que evalúen el mérito para iniciar otras investigaciones administrativas. Con respecto a los citados actos administrativos, reitera esta Sala, que no corresponde a esta Corporación realizar ningún pronunciamiento con relación a ellas, en esta oportunidad.

En consecuencia, encuentra este Tribunal que, en principio, la Superintendencia Nacional de Salud, ha actuado en la orbita de sus competencias legales, para investigar los hechos denunciados por Sisalud IPS, y prima facie no advierte que haya violado algún derecho fundamental en el caso concreto.

En todo caso, si existiere por parte del actor, alguna queja con respecto a las actuaciones de los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, en el sentido de haber omitido el cumplimiento de sus deberes, él puede proceder a efectuar las correspondientes denuncias y quejas, ante las autoridades competentes.

En lo que tiene que ver con la vulneración del derecho de petición de Sisalud IPS, encuentra esta Corporación, tal y como lo señalaron los jueces de instancia, que este ya fue objeto de protección por virtud de la providencia judicial proferida el veintiuno de agosto de 2007 por el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá, y se encuentra debidamente satisfecho.

Con respecto a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la educación, al desarrollo armónico e integral, al ejercicio pleno de los derechos y al máximo nivel de satisfacción de los mismos, a los “derechos constitucionales fundamentales de protección integral económica, en materia de salud y seguridad social en salud”, a la información, a la igualdad, a la equidad, al buen nombre, al debido proceso, a la prevalencia de los derechos de los niños sobre lo de los demás, que el actor afirma están siendo objeto de vulneración por parte de las entidades accionadas, no encuentra esta Sala prueba alguna en el expediente, de que ello sea así.

Por las anteriores consideraciones esta Sala de Revisión confirmará la providencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2007 en la que se revoco la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2007 que inicialmente otorgaba el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, el 26 de noviembre de 2007, por la cual se niega la acción de tutela, y en la que se revoco la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2007, que otorgaba el amparo solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

## Secretaria General

1 Ver Sentencia T-623 de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Galvis)

2 Ver Sentencia SU-707 de 1996, (M. P. Hernando Herrera Vergara)

3 Ver sentencias T-202 de 2000(M. P. Fabio Morón Díaz), T-307 de 2007(M. P. Jaime Araujo Rentería)

4 Confrontar Sentencia T-306 de 2007(M. P. Jaime Araujo Renteria)

5 Esto no excluye la posibilidad de que el juez de tutela conozca de una controversia contractual íntimamente conexas con la protección de derechos fundamentales.

6 Sentencias T-869 de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-419 de 2007(M. P. Rodrigo Escobar Gil)

7 Sentencia T-419 de 2007(M. P. Rodrigo Escobar Gil).

8 Ibidem.

9 Ver Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

10 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

11 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad

para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

12 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

13 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

14 Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

16 Ibidem.

17 Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

18 Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

19 Los requisitos señalados por la Jurisprudencia Constitucional en la materia son los siguientes: “a) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida, la dignidad o la integridad personal del interesado; b) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema; y d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento”. Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

20 Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

21 Sentencia T-419 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

22 Ver sentencias SU 480 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-696 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-831 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-1622 de 2000 (M. P. Fabio Moron Diaz), T-1679 de 2000 (M. P. Fabio Moron Diaz), C-655 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

23 Ver sentencia C-655 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

24 Ver sentencia C-655 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)

25 Ver sentencia C-655 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)