

Sentencia T-836/08

LEGITIMACION POR ACTIVA/AGENCIA OFICIOSA-Elementos para que proceda

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.

CONTROVERSIAS DE TIPO CONTRACTUAL-Improcedencia “prima facie” de la tutela para resolverlas

La regla general indica que la acción de tutela es improcedente para resolver conflictos legales de carácter contractual, no obstante, en ocasiones excepcionales, donde sea evidente que la afectación de un derecho legal acarrea la vulneración de un derecho fundamental, el juez de tutela debe analizar la naturaleza de la amenaza y determinar la idoneidad de otros medios judiciales. Si el juez se encuentra frente a una controversia ius fundamental debe estudiar la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio para mitigar un perjuicio irremediable. De esta forma, a menos que la controversia tenga el carácter de ius fundamental y, tras comprobar la naturaleza del conflicto, el juez de tutela determine que los medios ordinarios de defensa son inexistentes o ineficaces, es improcedente la tutela para exigir el pago de obligaciones contractuales, así como para determinar el contenido o la aplicación de cláusulas contractuales o imponer conductas a las partes contratantes.

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Protección por tutela

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza jurídica

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. 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.

Referencia: expediente T-1.790.749

Accionante:

Hélmer Zuluaga Vargas en representación de los menores Camila Uribe, Mariana Uribe, Daniela Barrera, Sara Manuela Barrera, Diego Fernando Torres Coy, Federico Rodríguez Méndez, Juan Pablo Rodríguez Méndez, de Salud Mariana Ltda., Asociación de Usuarios de Salud Mariana IPS, Carlos Alonso Uribe Angel, Javier Valdivieso Fonseca y Liliana Arango.

Demandados:

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de fallos de tutela proferidos por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Hélder Zuluaga Vargas precisa en su tutela, que son partes en este proceso los niños menores de edad: Camila Uribe Mejía, Mariana Uribe Mejía, María, José Barrera Charry, Daniela Barrera Charry, Sara Manuela Barrera Charry, Diego Fernando Torres Coy y Juan Pablo Rodríguez Mendez.

- Salud Mariana LTDA. IPS y la Asociación de Usuarios de SALUD MARIANA LTDA. IPS. Los demás usuarios de SALUD MARIANA LTDA. IPS.(11.400 niños y 1.860 ancianos).

Indica que 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 Bogotá y 6 municipios más de Cundinamarca y Tolima, 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.

2. Reseña Fáctica

En la demanda de tutela se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extractan:

2.1 Entre Famisanar EPS y Salud Marianasalud IPS se han firmado varios contratos para la prestación del servicio de salud, 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 16 a 39 del expediente).

2.2 Salud Mariana y la Caja de Compensación Familiar -Cafam- suscribieron igualmente dos contratos de 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.1

En 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 Salud Mariana IPS, se obligó 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 Salud Mariana. En estos acuerdos también se convino que los conflictos suscitados por causa de los mismos serían resueltos a través de la justicia arbitral.2

2.3 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 SALUD MARIANA IPS.

2.4 Los afiliados a Famisanar EPS en los municipios de Chía, Cota, Cajicá, Girardot y Melgar han contado en todo momento con la prestación del servicio de salud a través de SALUD MARIANA IPS.

2.5 Con base en los hechos narrados, 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 algunas zonas de Bogotá y en algunos municipios de Cundinamarca y Tolima, 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

Sostiene el peticionario que los derechos fundamentales de los menores que representa, de los demás afiliados a SALUD MARIANA IPS y de sus trabajadores, están siendo amenazados y violados por FAMISANAR 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 la sede de la calle 50 de Bogotá, zona industrial, Chía, Cajicá, Cota, Girardot y Melgar, produciéndose con ello una desviación y utilización ilegal de recursos de la seguridad social en una proporción de 24.1%.

Manifiesta el actor que SALUD MARIANA 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 de 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 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.”

Afirma la demanda que la Superintendencia Nacional de Salud, ha sido negligente en la vigilancia que le corresponde y no ha adoptado medidas eficaces para evitar que se sigan desviando y perdiendo los recursos de la salud.

Finalmente, el accionante indica que el derecho de petición le ha sido vulnerado a SALUD MARIANA 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 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:

* Que se ordene 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.

* 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.

* Que se disponga que son inaplicables o ineficaces las normas de los contratos de unión temporal celebrados entre CAFAM Y SALUD MARIANA.

* Que se ordene y prevenga a Famisanar Ltda. EPS, que se abstenga de desviar en el futuro a través de CAFAM los recursos públicos parafiscales del sistema de salud.

* 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 Salud Mariana 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 algunas de las personas integrantes de la parte activa especialmente la IPS SALUD MARIANA, no otorgaron poder para ser representadas en este proceso.

En consecuencia, 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 por qué razón se encuentran en imposibilidad de ejercer directamente la acción de tutea requisito indispensable para ocurrencia de la agencia oficiosa. Entiende Famisanar que lo que el actor persigue es la protección de un derecho de contenido colectivo, cuya protección debe ser atendida 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. Finalmente sostiene que el accionante, so pretexto de obtener protección para los derechos fundamentales de niños y ancianos, busca la solución de controversias derivadas de la ejecución de contratos de unión temporal celebrados entre Cafam e IPS a través de la petición

Para Famisanar EPS, el ejercicio de esta acción constituye una actuación temeraria, por cuanto considera que en este caso se está abusando del derecho a 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 SALUD MARIANA IPS y de todos los afiliados que dice agenciar, pues no cumple con los requisitos previstos en las normas pertinentes para el efecto.

5.3 Superintendencia Nacional de Salud

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. Por lo tanto, indica que la tutela es improcedente por existir otras vías judiciales de defensa.

5.4. La Secretaría de Salud de Cundinamarca

Indicó la Secretaría de Salud de Cundinamarca que la IPS SALUD MARIANA se encuentra inscrita en el registro de prestadores de salud, con las siguientes IPS habilitadas: Chia, Cajicá, Girardot y Cota; así como la Caja de Compensación Familiar, se encuentra inscrita en el registro especial de servicios en Salud del Departamento de Cundinamarca, sólo en la sede de atención primaria de Madrid.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante Sentencia de 25 de septiembre de 2007, el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá concedió la protección de 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 Chía, Melgar, Cota y Girardot, y de las sedes de la la calle 50 y la zona industrial de Bogotá, (iv) y al derecho fundamental al buen nombre de SALUD MARIANA 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 mencionados 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.

En desarrollo de las anteriores consideraciones el juzgado ordenó:

* A Famisanar EPS abstenerse de seguir prestando el servicio de salud en la sede de la calle 50 y zona industrial de Bogotá, y en los Municipios de Chía, Cajicá, Melgar, Cota y Girardot por medio de la figura de intermediación y con entidades no habilitadas para prestar dicho servicio.

* Cafam para que se abstenga en lo sucesivo de seguir realizando todo tipo de intermediación y prestación de servicios en salud hasta tanto esté habilitada legal y administrativamente para ello.

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

* A Famisanar aceptar el reintegro a su red de prestadores de Salud Mariana IPS.

* A Cafam y Famisanar EPS abstenerse de tomar represalias contra SALUD MARIANA 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.

3. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, revocó el fallo proferido por el Juzgado Veinte 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 lo 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.

No duda el Tribunal en afirmar que los accionantes pretenden a través de la tutela la modificación de dos contratos celebrados entre Famisanar EPS como contratante y la Unión Temporal constituida por Cafam y SALUD MARIANA IPS, como contratista, pero es evidente, a su juicio, que para esa litis existen las vías propias en la jurisdicción ordinaria.

Sostuvo la sentencia, que los derechos de los menores no aparecen vulnerados, pese a la controversia contractual, pues FAMISANAR EPS les está prestando el servicio médico a todos sus afiliados, mayores y menores de edad a través de otras IPS con las cuales tiene también relaciones contractuales.

III. PRUEBAS ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

1. Poder de los padres de Camila Uribe Mejía y Mariana Uribe Mejía.
2. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Camila Uribe Mejía
3. Fotocopia carné de Camila Uribe Mejía.
4. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Marina Uribe Mejía
5. Fotocopia carné de Mariana Uribe Mejía
6. Poder de los padres de María José, Daniela y Sara Manuela Barrera Charry.
7. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de María José Barrera Charry
8. Fotocopia carné de María José Barrera Charry
9. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Daniela Barrera Charry
10. Fotocopia carné de Daniela Barrera Charry
11. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Sara Manuela Barrera Charry
12. Fotocopia carné de Sara Manuela Barrera Charry
13. Poder de los padres de Diego Fernando Torres Coy
14. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Diego Fernando Torres Coy
15. Fotocopia carné de Diego Fernando Torres Coy

16. Poder de los padres de Federico y Juan Pablo Rodríguez Méndez
17. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Federico Rodríguez Méndez
18. Fotocopia carné de Federico Rodríguez Méndez
19. Fotocopia registro civil y tarjeta de identidad de Juan Pablo Rodríguez Méndez
20. Fotocopia carné de Juan Pablo Rodríguez Méndez
21. Poder conferido por Salud Mariana Ltda IPS al Dr. Helmer Zuluaga Vargas
22. Certificado de Cámara de Comercio de Salud Mariana Ltda IPS
23. Poder conferido por la asociación de usuarios de Salud Mariana Ltda IPS al Dr. Hélder Zuluaga Vargas.
24. Certificado de Cámara de Comercio de la asociación de usuarios de Salud Mariana Ltda IPS.
25. Poder conferido por Carlos Alonso Uribe Ángel (usuario)
26. Poder conferido por Javier Valdivieso (usuario)
27. Poder conferido por Liliana Arango (usuaria)
28. Certificado de Cámara de Comercio de Famisanar Ltda EPS
29. Certificado de la personería jurídica de Cafam
30. Certificación de la Revisora Fiscal de Salud Mariana IPS acerca de que dicha empresa tiene 35.750 usuarios, de los cuales 11.400 son menores de 16 años y 1.860 mayores de 65 años.
31. Contrato de Licencia de Uso de Marca Cafam de marzo 20 de 2000, dentro del cual se encuentra enclavado el primer contrato de capitación entre Cafam y salud Mariana IPS
32. Segundo Contrato de Capitación celebrado entre Famisanar Ltda. EPS y Salud Mariana

LTDA. IPS de febrero de 2004.

33. Acta de Terminación del Contrato de Prestación de Servicios de Salud celebrado entre Famisanar Ltda. EPS y Salud Mariana Ltda de 8 de octubre de 2005.

34. Contrato de Unión Temporal entre Cafam y Salud Mariana Ltda.. de 13 de junio de 2005

35. Contrato de Alianza entre Cafam y Salud Mariana número 20059980 para la prestación de servicios de salud a Famisar.

Con el fin de precisar algunos datos presentados por el accionante en escritos posteriores allegados a esta Corporación, el Magistrado Ponente ofició a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Representante Legal de la empresa CAFAM para que informara acerca de los siguientes asuntos:

1. Cuáles son las consecuencias para los usuarios del sistema de salud, de haber dado por terminado los contratos de UNIÓN TEMPORAL y de ALIANZA celebrados entre CAFAM Y SALUD MARIANA LTDA IPS, que fueron celebrados originalmente para la prestación de servicios de salud, en la calle 50 y zona industrial de Bogotá y los municipios de Chía, Cajicá, Cota, Girardot y Melgar, para la atención de los afiliados a FAMISANAR en dichos municipios y que se encontraban en ejecución antes de la sentencia de primera instancia?

2. Cuántos usuarios del Sistema de Salud se han visto afectados con tal decisión y qué medidas se han adoptado para garantizar la continuidad en el servicio?

3. Cuál es el plan de contingencia, si existe, que hubo que adoptarse para permitir a FAMISANAR EPS adelantar los procesos de contratación y libre elección de LP.S para la consecuente atención a los usuarios?

El representante legal de CAFAM respondió dentro del término indicado, lo siguiente:

A la primera pregunta sostuvo que el contrato se siguió ejecutando y se terminó después de la orden impartida por el Juzgado de Primera Instancia, sin embargo para evitar traumatismos a los usuarios, en las cartas de finalización se les hizo saber a Salud Mariana que contaba con 30 días o el tiempo que necesitara Famisanar EPS, para garantizar la atención a los usuarios. Teniendo en cuenta la revocatoria dada por el Juez en segunda

instancia que dejó sin efecto lo ordenado por el a quo, el contrato de unión temporal entre Salud Marina y CAFAM se siguió ejecutando hasta la fecha de finalización del mismo, es decir, 31 de diciembre de 2007, momento a partir del cual se continuaron prestando los servicios de manera continua, por las IPS de CAFAM

A la pregunta ¿Cuántos usuarios de salud se han visto afectados con tal decisión y qué medidas se han adoptado para garantizar la continuidad del servicio?, respondió:

Ninguno se vio afectado por la decisión de terminar el contrato por que al cumplir el fallo de tutela de primera instancia, mediante el cual fue necesario dar por terminado este contrato se dio un plazo de treinta (30) días o el tiempo que Famisanar necesitara para garantizar la prestación del servicio a sus afiliados, para proceder a la finalización del mismo. Como el fallo fue revocado antes de los 30 días o el tiempo que Famisanar necesitara para garantizar la atención de sus afiliados, periodo que se le había solicitado a Salud Mariana continuar con la prestación de los servicios, la terminación anticipada del contrato se dejó sin efecto y los usuarios recibieron los servicios hasta el 31 de diciembre de 2007, fecha en que expiró la vigencia del contrato. Famisanar informó que las medidas para garantizar la continuidad del servicio fueron: pasar cartas a los usuarios informando la terminación del contrato con la Unión Temporal Salud Mariana -CAFAM e informando que la IPS contratada en el municipio era CAFAM, así como las direcciones donde funcionaría la IPS; posteriormente se realizó cesión de contratos de arrendamiento a CAFAM y desde ese momento la atención por parte de CAFAM se realizó en las sedes donde prestó los servicios la Unión Temporal Salud Mariana - Cafam.

Respecto de cuál es el plan de contingencia, si existe, que hubo que adoptarse para permitir a la EPS Famisanar adelantar los procesos de contratación y libre elección de IPS, para la consecuente atención a los usuarios. Respondió:

“De acuerdo con la información suministrada por la E.P.S. FAMISANAR LTDA nos ha manifestado que con el fin de garantizar a los usuarios, la continuidad en la prestación de los servicios de salud, esa EPS envió comunicación a cada uno de éstos, en la cual informó que a partir del primero de enero de 2008, EPS FAMISANAR LTDA., prestaría la atención a través de la red de centros médicos de CAFAM”.

Como soporte de lo anterior, a la respuesta anexó copia del DVD remitido por FAMISANAR

EPS LTDA a CAFAM en el cual se demuestra la guía de entrega, enviada para informar a cada usuario afiliado. De igual forma, se indicó que la EPS FAMISANAR imprimió volantes y afiches que también se adjuntan a la prueba, donde se realizaron cuñas radiales, perifoneo y anuncios de prensa.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

Con carácter previo, la Corte analizará la legitimación por activa que le cabe a los accionantes en este proceso.

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.³

Por tanto, 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 confluayan 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 prueba⁴.

En este caso, el accionante acredita dentro de los anexos de la demanda el poder para actuar en nombre de los menores relacionados en la tutela y de dos personas adultas. Lo cual significa que tiene representación y que se encuentra acreditada su calidad de apoderado, por poder concedido por:

- María José Barrera Charry, Daniel Barrera Charry, padres de las menores María José, Daniela y Sara Manuela.
- Diego Germán Torres Mosquera y Edna Felicita Coy Suárez, padres de Diego Fernando Torres Coy.
- Jaime Eduardo Rodríguez y María Amalia Méndez, padres de Federico Rodríguez Méndez y Juan Pablo Rodríguez Méndez.
- Liliana Arango Franco.

- Javier Valdivieso Fonseca.

Estas personas efectivamente se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS Famisanar Ltda. y según se probó en el expediente, la entidad les ha garantizado las prestaciones del POS.

Ahora bien, en lo que toca a la representación de la IPS SALUD MARIANA, y la presunta representación de 11.400 niños, 1.860 ancianos, 37.750 usuarios de SALUD MARIANA, de los cuales el actor afirma ser agente oficioso, encuentra esta Sala de Revisión que no aparece en el expediente acreditada tal calidad.

Sentadas las reglas jurisprudenciales señaladas previamente por esta Sala, se tiene que para la configuración de la agencia oficiosa es menester la concurrencia de 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.

Partiendo de esa base, en el caso concreto, si bien el accionante afirma actuar en calidad de agente oficioso de todos los usuarios y trabajadores de Salud Mariana 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

Deberá la Corte analizar si en el presente caso procede la acción de tutela ejercida por Helmer Zuluaga Vargas, accionante, en representación de los menores, cuyos padres le han otorgado el correspondiente poder y de Salud Mariana 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, la Caja de Compensación Familiar -Cafam-, y la Superintendencia Nacional de Salud.

Alega el accionante que 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 Chia, Cota, Girardot y Melgar, razón por la cual, considera que existió 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.

Finalmente la Corte advierte, que en un proceso de idénticos supuestos objetivos, iguales peticiones, en donde actuaba el propio accionante en representación de otras personas y de otra IPS,⁵ ya la Corte fijó una posición al respecto⁶, y en esta ocasión se reiterará la doctrina allí contenida, por ser exactamente iguales los supuestos fácticos y las afectaciones constitucionales alegadas por el accionante.

4. Improcedencia prima facie de la tutela para resolver controversias de tipo contractual. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución irradia la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que implica que condiciona el contenido y la interpretación que se debe hacer de las normas jerárquicamente inferiores. De esta forma, los derechos fundamentales influyen todo aspecto legal y se difunden en el ordenamiento jurídico, incluyendo los actos celebrados por particulares, que corresponden a la órbita del derecho privado.

No obstante, si bien la dimensión objetiva de los derechos fundamentales⁷ conlleva a que los actos contractuales deban interpretarse conforme a aquellos, no sigue a este principio que toda controversia contractual deba ser resuelta por el juez de tutela. Por el contrario, la Corte ha señalado, que por regla general es la jurisdicción ordinaria la llamada a resolver, dentro de sus competencias, los conflictos legales que surjan entre las partes. De esta forma en sentencia T- 587 de 2003 la Corte señaló:

Una posición contraria, que comprendiese a este mecanismo como medio idóneo para proteger derechos contractuales, conllevaría una deslegitimación y tergiversación de la acción de tutela, que es un mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales y que otorga competencia, al juez de tutela, exclusivamente para esto.

En este orden de ideas, la regla general indica que la acción de tutela es improcedente para resolver conflictos legales de carácter contractual, no obstante, en ocasiones excepcionales, donde sea evidente que la afectación de un derecho legal acarrea la vulneración de un derecho fundamental, el juez de tutela debe analizar la naturaleza de la amenaza y determinar la idoneidad de otros medios judiciales. Si el juez se encuentra frente a una controversia ius fundamental debe estudiar la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio para mitigar un perjuicio irremediable. 9

De esta forma, a menos que la controversia tenga el carácter de ius fundamental y, tras comprobar la naturaleza del conflicto, el juez de tutela determine que los medios ordinarios de defensa son inexistentes o ineficaces, es improcedente la tutela para exigir el pago de obligaciones contractuales, así como para determinar el contenido o la aplicación de cláusulas contractuales o imponer conductas a las partes contratantes.

5 La subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia

De conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros recursos o medios de defensa judiciales al alcance del accionante. Ello significa que en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos judiciales, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para invocar la protección de sus derechos¹⁰. En éste sentido, en la sentencia T-698 de 2004, ésta Corte sostuvo:

“El principio enunciado de subsidiariedad resulta ser una exigencia fundamental para la procedibilidad de la acción, en la medida en que es necesario que quien alega la vulneración haya agotado los medios de defensa disponibles por la legislación, para lograr la protección de sus derechos¹¹. La razón de ser de esta exigencia, es la de confirmar que una acción subsidiaria como la tutela, no pueda ser considerada como una instancia más en el tránsito jurisdiccional, ni tampoco como un camino extraordinario para solucionar las eventuales falencias de los procesos ordinarios o contenciosos.

(...)

De allí que la exigencia del agotamiento efectivo de los recursos correspondientes, como expresión de la subsidiariedad de la acción de tutela frente a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, se haga evidente”.

Por tanto, la acción de tutela no puede ser entendida como un medio de defensa judicial que pueda reemplazar o sustituir los mecanismos procesales dispuestos por el legislador para la protección de los derechos; tampoco puede entenderse que tiene la facultad de revivir términos vencidos u oportunidades procesales fenecidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor. No obstante, es preciso señalar que ésta Corporación ha admitido de forma excepcional la procedencia de la acción de tutela en los casos en que, a pesar de que existan otros medios y recursos de defensa judiciales a disposición del actor, (i) se constate que tales mecanismos no son idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos amenazados o vulnerados; y, (ii) exista certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable de no otorgarse el amparo constitucional invocado como mecanismo transitorio de protección¹².

En virtud del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela resulta igualmente improcedente, en los casos en que el actor haya empleado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su disposición, y éstos se encuentren en curso o no hayan sido decididos de manera definitiva por los jueces o autoridades correspondientes.¹³ Así, en la sentencia T-770 de 2006 la Corte Constitucional expresó:

“3.3 Esta Corte también se ha pronunciado sobre lo improcedente que resulta propender por un pronunciamiento definitivo del juez constitucional en materia de vulneración de derechos fundamentales, mientras pende el recurso establecido para que el juez de la causa, dentro del ámbito del mismo asunto, se pronuncie sobre la cuestión “pues la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes”¹⁴.” (subrayas fuera del original).

En síntesis, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando: (i) es utilizada como mecanismo supletorio o alternativo de los medios judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos por la ley; y, (ii) los medios ordinarios de defensa judicial empleados se encuentran en trámite, es decir, los jueces o autoridades competentes no han dirimido definitivamente la litis puesta a su consideración.

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

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, la Corte ha estimado, 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 otros¹⁵; 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 constitucionales¹⁶.

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 infancia¹⁷, las personas con discapacidad¹⁸ y los adultos mayores¹⁹, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo”²⁰.

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”²¹.

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 tutela²².

En estas condiciones, esta corporación ha admitido²³, 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 tutela²⁴.

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 salud²⁵.

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 éstos 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 más urgentes y prioritarios, con el fin de garantizar la viabilidad financiera del Régimen de Salud²⁶.

En consecuencia, gracias a la regulación normativa referida, las personas pueden reclamar del Estado el suministro de medicamentos y la práctica 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 Corporación²⁷ para inaplicar el régimen de exclusiones y limitaciones, al que

se hacía referencia, con el objeto de garantizar los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, entre otros²⁸.

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 salud²⁹.

7. Naturaleza jurídica de los recursos del sistema de seguridad social

Esta Corporación ha sostenido en su jurisprudencia³⁰ de manera uniforme que los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral son de naturaleza parafiscal.³¹

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 sólo 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.³²

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.”³³

De la misma forma esta Corporación ha señalado³⁴ que las entidades públicas y privadas que tienen 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 mismo³⁵.

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”.

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

El tema fue analizado recientemente en la sentencia T-609 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) con ocasión de una tutela de idénticos supuestos objetivos a los que ahora se revisan. En esa ocasión la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de sostener 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, sostuvo el fallo mencionado, la Corte ha estimado 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.

2.3. Pero cuestión muy diferente y particular es la que atañe con los recursos públicos que tienen una destinación constitucional específica, como los de la seguridad social, y que son depositados en las entidades financieras a través de consignaciones efectuadas en cuentas corrientes bancarias o de ahorro, o están representados en títulos de inversión. 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.”³⁶

9. Caso concreto

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

- Que SALUD MARIANA IPS celebró con Famisanar EPS una serie de contratos para la prestación del servicio de salud a sus afiliados en los municipios de Chía, Cota, Cajicá, Melgar y Girardot.
- Que SALUD MARIANA 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 municipios de Chía, Cota, Cajicá, Melgar y Girardot.
- Que SALUD MARIANA 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 Chía, Cota, Cajicá, Melgar y Girardot.
- Que los anteriores acuerdos contenían cláusulas compromisorias para resolver los conflictos, que como consecuencia de su aplicación e interpretación se presentarían.
- Que entre SALUD MARIANA 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 Chía, Cota, Cajicá, Girardot y Melgar.
- Que entre SALUD MARIANA 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 Famisanar EPS en los municipios de Chía, Cota, Cajicá, Melgar y Girardot.
- 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 SALUD MARIANA IPS y la Caja de Compensación Familiar -Cafam- para la prestación del servicio de salud a los afiliados a Famisanar EPS en los municipios de Chía, Cajicá, Cota, Girardot y Melgar. 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.

En relación con las supuestas violaciones constitucionales, la Corte se permite señalar las siguientes consideraciones :

- Existencia de otras vías judiciales para dirimir los conflictos de naturaleza contractual

Es claro, para esta Sala, tal como se sostuvo en la sentencia T-609 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 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.

Así pues, estima la Sala que el mecanismo ordinario de protección de los derechos supuestamente infringidos 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 Salud Mariana 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 procede la acción de tutela en este caso. Prueba de ello, es que el actor, ni siquiera afirma en su escrito de tutela, que con respecto a algún derecho fundamental de sus poderdantes, se esté en peligro de que se configure un perjuicio irremediable, y por supuesto, tampoco presenta ninguna prueba de ese hecho.

Más concretamente 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 incumplimiento de obligaciones, o discrepancias en la interpretación de los contratos celebrados entre SALUD MARIANA IPS y Cafam, se derive una amenaza o violación a los derechos fundamentales de las partes o de algún usuario 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.

- Derecho a la salud de los accionantes

En relación con 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 está 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 esté amenazando algún derecho fundamental, que permita en alguno de los casos, que la acción de tutela proceda.

- Recursos del sistema de Seguridad Social en Salud

En punto a la naturaleza jurídica de los recursos del Sistema de Seguridad Social Integral,

esta Corporación ha afirmado³⁷ 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 viene manteniendo que excepcionalmente³⁸ 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.

La naturaleza parafiscal de los recursos de salud no tiene discusión en este caso. 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”.³⁹

Nota la Corte que en la tutela 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.

La Corte advierte, tal como lo sostuvo en la sentencia T-609 de 2008, de similares supuestos a esta tutela, que el relato fáctico que fundamenta la petición del actor no cumple con los requisitos, ni se compadece con los eventos en los cuales 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:

1. Efectivamente, 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.⁴⁰

2. 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.⁴¹

3. 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.⁴²

4. En este orden de ideas, tal y como esta Corporación lo ha señalado en otras oportunidades,⁴³ 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.

En suma, las circunstancias de esta tutela no se enmarcan 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 acción⁴⁴.

- Supuesta negligencia de la Superintendencia Nacional de Salud

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 dispuesto 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.⁴⁵

En consecuencia, en principio, la Superintendencia Nacional de Salud, ha actuado en la órbita de sus competencias legales, para investigar los hechos denunciados por SALUD MARIANA, 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 SALUD MARIANA IPS, encuentra esta Corporación, que éste ya fue objeto de protección por virtud de la providencia de primera instancia judicial proferida por el Juzgado Veinte Civil 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 el contrario, en virtud de la prueba solicitada a instancias del Magistrado Ponente en este caso, se conoció que inclusive, a pesar de que los contratos de Unión Temporal y de Alianza celebrados entre CAFAM Y SALUD MARIANA IPS fueron terminados por razón de la sentencia de primera instancia, para evitar traumatismos a los usuarios, en las cartas de finalización se les hizo saber a SALUD MARIANA que contaba con 30 días o el tiempo que necesitara FAMISANAR para garantizar la atención a los usuarios. Sin embargo, como el juez de segunda instancia revocó la orden, el contrato de unión temporal entre Salud Mariana y Cafam se siguió ejecutando hasta la fecha de finalización del mismo, es decir, diciembre de 2007, momento a partir del cual se continuaron prestando los servicios de manera continua por las IPS CAFAM.

Por las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta todas las razones expuestas en esta providencia, la Sala de Revisión mantendrá el precedente sentado en la sentencia T- 609 de 2008 y confirmará la providencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, mediante sentencia del primero de noviembre de de 2007 en la que se revocó la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá que inicialmente otorgaba el amparo solicitado.

VI. DECISIÓN

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

Primero: LEVANTAR los términos suspendidos en auto de 29 de abril de 2008.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia proferida el primero de noviembre de 2007 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, por la cual se niega la acción de tutela, y en la que se

revocó la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, el 25 de septiembre 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.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Anexo 17 del expediente.

2 Folio 170 del expediente

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

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

5 Sisalud IPS.

6 Sentencia T-609 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil

7 Al respecto sentencia T 202 de 2000. (M.P. Fabio Morón Díaz)

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

9 Sentencia T-306 de 2007.

10 Con relación a la procedencia de la acción de tutela, previo el agotamiento de los recursos de defensa judicial extraordinarios, en la sentencia T-541 de 2006, la Corte sostuvo: “En un principio, la jurisprudencia de la Corte entendía que quedaban agotados los medios judiciales cuando el peticionario había interpuesto los recursos ordinarios (reposición, apelación, nulidad). Sin embargo, con el fin de reforzar el carácter subsidiario de la acción de tutela, así como el papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales, hace algunos años la Corte comenzó la elaboración de una doctrina, -hoy jurisprudencia consistente y reiterada-, en el sentido de exigir, como requisito de procedencia de la acción, el agotamiento de todos los mecanismos de defensa previstos, ya sean ordinarios o extraordinarios (Esta regla general cuenta con muy pocas excepciones referidas a la defensa de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que se encontraban absoluta y radicalmente imposibilitados para interponer oportunamente los recursos ordinarios de defensa y siempre que la afectación del derecho resulte desproporcionada respecto de la defensa de la importante garantía procesal que acá se comenta. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-329/96; T-573/97; T-654/98; T-289/03.).”

11 En éste sentido, pueden consultarse las sentencias T-441 de 2003 y T-742 de 2002, entre otras.

12 Al respecto, entre otras, consultar Sentencia T. 609 de 2005.

13 Ver, entre otras, las sentencias: T-212 de 2006, T-886 de 2001 y SU-599 de 1999.

14 Sentencia T-951-05 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 Ibidem.

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

17 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.

18 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.

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

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

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

23 Sentencia T- 609 de 2008 , M. P. Rodrigo Escobar Gil.

24 Ibidem.

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

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

27 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)

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

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

30 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).

31 En el mismo sentido la sentencia T- 609 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil .

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

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

34 Recientemente se reiteró tal criterio en la sentencia T- 609 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil .

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

36 Sentencia T-609 de 2008

37 Ibidem

38 Ibidem

39 Ibidem

40 Ibidem

41 Ibidem

42 Ibídem.

43 Ibídem

44 Ibidem

45 Folio 377 del expediente.