

Sentencia T-914/12

(Bogotá, D.C., noviembre 7 de 2012)

ACCION DE TUTELA-Vulneración o amenaza cierta a un derecho fundamental como requisito de procedencia

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de hijo menor

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-EPS

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Parámetro de procedibilidad

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Improcedente porque el accionante tiene a su alcance otros medios de defensa

Referencia: Expediente T-3.542.547.

Fallo de tutela objeto revisión: Única instancia: Sentencia del trece (13) de junio de dos mil doce (2012) del Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal de Bogotá D.C.

Accionante: Matilde Rosas de García.

Accionado: Compensar EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela<sup>1</sup>.

La señora Matilde Rosas de García, interpuso acción de tutela en contra de Compensar EPS en representación de su hijo Jair Israel García Rosas de 13 años de edad<sup>2</sup>, quien padece de parálisis cerebral espástica.

1. Derechos fundamentales invocados: vida digna y salud.

1. Pretensión: ordenar a Compensar EPS autorizar el servicio de transporte.

1. Fundamento de la pretensión:

1. La accionante expuso en la demanda de tutela que su hijo padece de parálisis cerebral espástica<sup>3</sup> y que actualmente se le están realizando unas terapias en la IPS Fundación Niñez y Desarrollo de Colombia.

1. Manifestó que no cuenta con los ingresos económicos suficientes para trasladar a su hijo desde su domicilio a dicha IPS para sus terapias ocupacionales y a sus citas médicas en el Instituto Roosevelt, debido a que los ingresos de su familia ascienden a un salario mínimo.

1. Refiere que el 2 de noviembre de 2011 presentó derecho de petición ante la EPS accionada solicitando la prestación del servicio de transporte. Solicitud que fue negada por la entidad el 4 de noviembre del mismo año, debido a que el servicio de transporte solicitado no

se encuentra incluido dentro del POS.

#### 1. Respuesta de la entidad accionada<sup>4</sup>.

Compensar EPS respondió la demanda de tutela, mediante apoderado judicial, resaltando que no se le ha negado al menor ningún servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud y anexó un cuadro en el que se relacionan todos los servicios médicos que le han sido autorizadas al paciente en la Fundación Niñez y Desarrollo de Colombia y en el Instituto Roosevelt. En consecuencia solicitó la declaración de improcedencia de la misma.

Asimismo expuso que no existe orden médica del servicio de transporte convencional y que “éste no es un servicio de salud, por lo que [la EPS] no tiene porque asumir el costo del mismo, máxime que no existe orden médica que así los (sic) ordene. [...] no se trata de un servicio de salud, sino de una necesidad social de aquel”<sup>5</sup>.

La entidad accionada puso de presente en la contestación, que al menor le fue ordenado el tratamiento integral para su patología mediante una acción de tutela que interpuso la madre del peticionario en el año 2006, adjuntando el fallo correspondiente<sup>6</sup>.

Igualmente, allegó un concepto médico<sup>7</sup> en el que se establece:

“De conformidad con los registros de atención correspondientes a las atenciones realizadas el 10 de diciembre y el 10 de febrero del presente año, con las especialidades de medicina física y rehabilitación y neuropediatría no se evidencia orden médica para el servicio de transporte. [...] Adicionalmente a través de dichas historias clínicas se evidencia que el paciente no presenta ningún estado de salud que justifique el traslado en un transporte (sic) tipo ambulancia ya que no es dependiente de ningún equipo médico especializado que requiera la asistencia de personal paramédico. El paciente puede ser trasladado a través de un servicio de transporte convencional.”

1. Decisión de tutela de primera instancia<sup>8</sup>: Sentencia del trece (13) de junio de dos mil doce (2012) del Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal de Bogotá D.C.

El juez de única instancia declaró improcedente el amparo a los derechos fundamentales del peticionario al considerar que la entidad accionada ha cumplido con sus obligaciones legales y no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor, puesto que no ha negado ningún servicio de salud prescrito por un médico. De esta manera, dado que el servicio que solicita la actora no ha sido ordenado por un profesional de la salud, no se pueden amparar hechos inciertos y futuros.

## I. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-9.

### 1. Procedencia de la demanda de tutela.

1. Alegación de afectación de un derecho fundamental: Se alega la vulneración al derecho fundamental a la salud.

1. Legitimación por activa: La peticionaria interpuso la acción de tutela como madre<sup>10</sup> y representante legal de su hijo menor, lo cual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10<sup>o</sup> del decreto 2591 de 1991 y 306 del Código Civil<sup>11</sup>, la legitima para el ejercicio de la acción constitucional en su nombre.

1. Legitimación por pasiva: Comensar EPS es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que está afiliado el peticionario y, como tal, es demandable en proceso de tutela (C.P., art. 86; D. 2591/91, art. 42).

1. Inmediatez: La Corte Constitucional ha insistido en varios de sus pronunciamientos sobre la importancia del presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela. Éste dicta que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno con el fin de evitar que se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, peor aún, se convierta en un factor de inseguridad jurídica<sup>12</sup>. Este atributo ha sido considerado como una característica propia del mecanismo constitucional de protección reforzada de los derechos fundamentales.

1. Subsidiariedad:

1. La subsidiariedad como regla.

La Constitución Política en su artículo 86, instituyó la acción de tutela como un mecanismo judicial de aplicación urgente, de carácter subsidiario y excepcional, para reclamar la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en determinadas circunstancias. Ésta procede en los casos en que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, o se utilice como mecanismo transitorio, tendiente a evitar un perjuicio irremediable.

1. La protección del derecho por la Superintendencia de Salud.

El legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, confirió a la Superintendencia Nacional

de Salud, potestades jurisdiccionales para resolver, con las facultades propias de un juez, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Esta disposición legal ha sido objeto de dos pronunciamientos de esta Corporación, dictados en sede de constitucionalidad. Mediante el primero de ellos, contenido en la sentencia C-117 de 2008, se declaró exequible el texto íntegro del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por el cargo entonces analizado, referente al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad judicial, en el entendido que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podría ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

En el segundo de los pronunciamientos, consignado en la sentencia C-119 de 2008, la Corte examinó un cargo de inconstitucionalidad distinto, referente a la presunta vulneración del debido proceso, por la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del plan obligatorio de salud. La Corte nuevamente declaró la exequibilidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 en relación con este cargo, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones que, aunque referentes a los casos en que el conflicto se refiere a la cobertura del POS, resultan aplicables a las demás controversias sujetas a la competencia de la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales:

“[...] según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo

anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas’”<sup>13</sup>. (Se subraya)

La competencia en esa materia fue inicialmente circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>14</sup>

## 1. La reforma de la Ley 1438 de 2011.

La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente mencionados<sup>15</sup> e instituyó, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario” el cual se debe llevar a cabo “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

De acuerdo con la norma, este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características: (i) se inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud,

en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (ii) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (iii) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (iv) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (v) dentro de los diez días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; (vi) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Así, se puede concluir que en los casos en que, como en el sub examine, se presente un conflicto relacionado con la negación de prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Tal como se expuso en los párrafos anteriores, la competencia de la Superintendencia en esta materia es de carácter principal y prevalente.

1. Ahora bien, es pertinente aclarar que el juez constitucional, antes de declarar la improcedencia de la acción de tutela debido a la inobservancia del principio de subsidiariedad, en relación con las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, debe tener en cuenta: (i) la eficacia que dicho procedimiento pueda desplegar en el caso concreto, pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos judiciales distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo para lograr la efectiva protección del derecho, o si, dada la necesidad urgente de la protección, la acción de tutela esté llamada a proceder como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (ii) debe verificar si la Superintendencia tiene la competencia para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona o si por el contrario dicha protección sólo es posible a través del ejercicio de las facultades del juez constitucional, ya que -por ejemplo- puede darse el caso que alguna de las pretensiones del actor desborde la misma o que la actuación de la entidad accionada vulnere o amenace algún derecho distinto al derecho a la salud.

## 1. Conclusión de la procedencia de la acción de tutela.

Como se expuso previamente, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, “sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo”; para lo cual, la Superintendencia debe aplicar el procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

En el presente caso, la acción de tutela instaurada por la señora Matilde Rosas de García en representación de su hijo Jair Israel García Rosas resulta improcedente, toda vez que no se verifica el cumplimiento del principio de subsidiariedad propio de la acción constitucional. Esto por cuanto, la pretensión de la accionante y la conducta que presuntamente atenta contra los derechos fundamentales de su hijo, trata específicamente sobre una prestación que no se encuentra incluida dentro del POS y que la EPS ha considerado que no es pertinente para atender sus condiciones particulares, tal como se desprende la contestación de la tutela<sup>16</sup>. Y, la competencia para resolver este tipo de conflictos -de acuerdo con los párrafos que preceden- yace de manera principal y prevalente en la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala considera, que el presente asunto se encuentra comprendido dentro de la competencia atribuida a la Superintendencia mediante la Ley 1122 de 2007 y que el procedimiento que introdujo la Ley 1438 de 2011 para el trámite de estas cuestiones, es lo suficientemente eficaz y expedito para lograr la efectiva protección de los derechos del peticionario dado su carácter informal, la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del mismo y la agilidad que contempla.

Asimismo, de los elementos probatorios obrantes en el expediente no se evidencia la inminencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio<sup>17</sup>, puesto que el menor se encuentra percibiendo el tratamiento integral de su patología por parte de la EPS accionada<sup>18</sup> y ha asistido a sus citas médicas y terapias ocupacionales con regularidad tal como lo demostró Compensar EPS en la contestación de la acción de tutela<sup>19</sup>.

En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la Sentencia del trece (13) de junio de dos mil doce (2012) del Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal de Bogotá D.C., únicamente por las razones expuestas en la presente providencia. Asimismo, le compulsará copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que AVOQUE el conocimiento inmediato del asunto tratado y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011, velando siempre por la efectiva realización del derecho fundamental a la salud, en los términos en que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>20</sup>. Y, le ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que reitere a las Entidades Promotoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la existencia de este mecanismo jurisdiccional con el fin de que éstas se lo den a conocer a sus usuarios a través de mecanismos eficaces<sup>21</sup>.

#### 1. Razón de la decisión.

##### 1. Conclusión del caso.

No procede el análisis de la demanda de tutela presentada por la señora Matilde Rosas de García en contra de Compensar EPS, puesto que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que el accionante no ha acudido a la Superintendencia Nacional de Salud para que se pronuncie sobre la negación de servicio de transporte urbano convencional, en virtud de sus facultades jurisdiccionales legalmente conferidas. Por lo tanto, no ha agotado todos los mecanismos judiciales de defensa a su alcance para lograr la efectiva protección de sus derechos.

##### 1. Regla de decisión.

El proceso legalmente establecido por la Ley 1438 de 2011 a cargo de la Superintendencia de Salud, es un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud en el presente caso, razón por la cual debe intentarse antes de acudir a la demanda de tutela, para cumplir el requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia del trece (13) de junio de dos mil doce (2012) del Juzgado Dieciséis (16) Penal Municipal de Bogotá D.C., únicamente por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- ENVIAR copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, para que AVOQUE el conocimiento inmediato del asunto tratado y proceda a tramitarlo de acuerdo con el procedimiento consagrado en la Ley 1438 de 2011, velando siempre por la efectiva realización del derecho fundamental a la salud, en los términos en que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación.

TERCERO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que reitere a las Entidades Promotoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la existencia de este mecanismo jurisdiccional de protección de sus derechos a la salud, con el fin de que éstas lo den a conocer a sus usuarios a través de mecanismos eficaces de comunicación.

Líbrese por la Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUÍS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La demanda de tutela fue interpuesta por la accionante el 30 de mayo de 2012. Folio 18 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga mención en la presente providencia forman parte del cuaderno 1, salvo que se exprese lo contrario.

2 La fecha de nacimiento del menor, de acuerdo con el registro civil de nacimiento obrante en el expediente, es el 09 de marzo de 1999 (fl. 10). El menor actualmente se encuentra afiliado al Régimen Contributivo en Salud a través de Compensar EPS, en calidad de beneficiario de su madre (fl. 28).

3 En la Historia Clínica del menor, obrante en el expediente a folios aparece como diagnóstico: "F790 RETRASO MENTAL - NO ESPECIFICADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO NULO O MÍNIMO. G800 PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA"

4 Folios 20-46.

5 Folio 24.

6 Folios 31-40.

7 Concepto emitido por la Dra. Jenny Maritza Rodríguez Sáenz como médica asesora de la gerencia jurídica de Compensar EPS el 4 de junio de 2012.

8 Folios 53-60.

9 En Auto del veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012) de la Sala de Selección de tutela No. 7 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

10 Cf. Registro Civil de Nacimiento visible a folio 10.

11 Código Civil: “Artículo 306: La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. [...]”

12 Cf. Sentencia T-132 de 2004.

13 Sentencia C-119 de 2008.

14 Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

15 Ley 1438 de 2011: “ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

16 Ver el numeral 2º del acápite de los antecedentes de la presente providencia.

18 Folios 20-25 y 31-40.

19 Folios 21 y 22.

20 Ello encuentra su fundamento en el carácter Social de Derecho del Estado colombiano (Art. 1º C.P.), el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, específicamente los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo (Art. 2º C.P), el carácter irrenunciable del derecho de todos los habitantes a la seguridad social (Art. 48 C.P), la imperatividad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en la prestación de los servicios de salud (Arts. 48 y 49 C.P) y los objetivos de la Superintendencia Nacional

de Salud contemplados en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007.

21 No se procede a vincular a la Superintendencia Nacional de Salud en el presente asunto, puesto que las ordenes aquí dadas se encuentran comprendidas dentro de su ámbito funcional y no son más que el desarrollo de los objetivos que le corresponden por ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007.