TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA CIVIL-FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, nueve de junio de dos mil once.

Acta No. 236 del 9 de junio de 2011.

Expediente 66400-31-89-001-2011-00082-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, Caprecom EPS-S frente a la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, en la acción de tutela que interpuso María Raquel Maya Galeano, como agente oficiosa de su hijo Diego Alexander Maya, contra la impugnante, a la que se vinculó la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda.

ANTECEDENTES

Se narra en la demanda que Diego Alexander Maya es beneficiario del régimen subsidiado en salud, afiliado a la EPS-S Caprecom; desde su infancia presenta disminución de la audición, se encuentra en tratamiento psiquiátrico por trastorno depresivo; el 17 de marzo último se le ordenó valoración por otorrinolaringología; al presentar la orden respectiva encontró como respuesta que es un procedimiento no POS-S; el 11 de abril pasado elevó derecho de petición para que la entidad demandada autorizara la valoración, pero no se lo recibieron; es persona de escasos recursos económicos y sin posibilidad de sufragar el costo de la consulta por especialista que requiere su hijo.

Solicitó para éste protección de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, a la vida y a la dignidad humana y se ordene la valoración por otorrinolaringología y el tratamiento integral que de la misma se derive.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia admitió la acción por auto del 15 de abril último, en el que se ordenó la vinculación de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y citar a la demandante para que ampliara los hechos de la demanda.

La apoderada de la Secretaría de Salud Departamental expresó que corresponde al Hospital Universitario San Jorge practicar la valoración solicitada porque con esa institución celebró contrato para la

prestación de servicios médicos excluidos del POS-S, pide que se vincule a la acción a la citada entidad, y se le ordene atender efectivamente al agenciado; además que se requiera a la EPS-S Caprecom para que garantice el acompañamiento a que está obligada con el usuario.

La promotora del proceso informó al juzgado mediante escrito de fecha 2 de mayo de 2011[1] que su hijo fue valorado por el especialista en otorrinolaringología, pero solicita que se continúe con el trámite de la tutela porque requiere un tratamiento completo y es mujer de escasos recursos.

La instancia culminó con sentencia del 5 de mayo pasado en la que se tutelaron los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de Diego Alexander Maya y se ordenó a Caprecom EPS-S brindarle tratamiento integral para la patología que padece; la facultó para ejercer la acción de recobro frente al Fosyga por el 100% de los gastos en los que incurra y que no esté obligada a asumir dada la integralidad ordenada.

Para adoptar tal decisión, la funcionaria de primera sede citó jurisprudencia constitucional que reconoce como fundamental el derecho a la salud que justifica su protección para garantizar una vida digna, cuando quien reclama su protección carece de recursos económicos, evento en el cual "no está sujeto a las restricciones que éstos imponen". Luego, al analizar el caso concreto, concluyó que se presentaba el fenómeno del hecho superado, porque el Hospital San Jorge de Pereira autorizó la consulta especializada por otorrinolaringología que se reclamaba por medio de este proceso; pero para evitar traumatismos en la atención del agenciado, ya que la patología que padece afecta considerablemente su calidad de vida, debe la EPS-S en la que se encuentra afiliado, brindarle un tratamiento integral.

Esa providencia fue impugnada por la EPS-S Caprecom. Alega que los procedimientos ordenados se encuentran excluidos del POS-S y por ende, correspondía asumir su costo al usuario; que no obstante lo anterior, el 12 de mayo pasado, se autorizó la valoración solicitada; que en tal forma cumplió sus deberes legales y el hecho se encuentra superado, pues el servicio debe ser prestado de manera integral, sin que tenga que acudirse a la tutela o al trámite incidental por desacato, "pues afiliada la menor usuaria al sistema goza en tal virtud de todos los beneficios de ley…"; solicita se revoquen los numerales primero y segundo de la sentencia que concedieron la tutela y ordenaron un tratamiento integral y se declare superado el hecho. Con el escrito respectivo se aportó copia de la autorización de interconsulta por medicina especializada por otorrinolaringología, que expidió el 12 de mayo último[2].

---

[1] Folio 24, cuaderno No. 1
[2] Folio 48, cuaderno No. 1.

CONSIDERACIONES

El objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando quiera que tales derechos sean amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos que reglamenta el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

La promotora de la acción se encuentra legitimada para interponerla en nombre de su hijo, porque tal como se deduce de la historia clínica del señor Diego Alexander Maya, éste es una persona discapacitada, con problemas de audición y sometido a tratamiento psiquiátrico, lo que permite deducir que está impedido para ejercer su propia defensa.

Con la acción instaurada pretende la actora se proteja el derecho a la salud y a la vida digna de su hijo y en consecuencia, se ordene a la EPS-S accionada ordenar su valoración por otorrinolaringología y brindarle un tratamiento integral.

Para la Sala resultan acertados los argumentos de la funcionaria de primera instancia que al analizar el derecho a la salud concluyó que adquiere el carácter de fundamental, con sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que modificó el criterio anterior, en cuanto exigía, para que procediera su amparo por vía constitucional, que estuviera íntimamente ligado a uno que participara del tal linaje.

El titular del derecho reclamado por medio de esta acción, Diego Alexander Maya, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado que ofrece la EPS-S Caprecom, como lo demuestra la copia del carné que se incorporó a la actuación[3].

Al citado señor se le diagnosticó "hipoacusia neurosensorial, unilateral con audición irrestricta contralateral"[4] y el 17 de marzo pasado se le recomendó la valoración por otorrinolaringología[5], sin para la fecha en que se promovió la acción el servicio se hubiese aún autorizado.

Sin embargo, en el curso del proceso y antes de que se dictara al sentencia respectiva, manifestó la demandante que el servicio ya se había prestado[6] y aportó copia del documento que da cuenta de tal hecho, del que surge evidente que la valoración se produjo en el Hospital San Pedro y San Pablo del municipio de la Virginia y que se recomendaron al paciente nuevos exámenes[7], los que ya se le practicaron[8].

---

[3]Folio 6, cuaderno N° 1
[4]Folio 11, cuaderno Nº 1
[5] Folio 8, cuaderno No. 1
[6] Folio 24, cuaderno No. 1
[7] Folio 25, cuaderno No. 1
[8] Ver constancia a folio 6 del cuaderno No. 3

Pero se solicitó además, se ordenará la EPS-S accionada brindarle un tratamiento integral al paciente y en efecto, a ello accedió al juzgado en la sentencia que se revisa, decisión que causó inconformidad a la entidad impugnante porque el servicio reclamado no hace parte del plan de beneficios del régimen subsidiado y porque a pesar de ello, expidió la autorización respectiva.

Para dilucidar la cuestión resultaba menester en primer lugar analizar sobre qué entidad recaía la obligación de garantizar la valoración especializada reclamada en la demanda, asunto del que no se ocupó la funcionaria de primera sede, lo que era necesario porque las disposiciones que regulan lo relativo al régimen de salud subsidiado otorgan competencias diferentes a las entidades territoriales y a las de seguridad social.

Como se indicó atrás, el señor Diego Alexander Maya es usuario del régimen de salud subsidiado, afiliado a la EPS-S Caprecom, entidad a la que corresponde garantizar los servicios del plan obligatorio de salud de ese régimen de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 806 de 1998 que en su inciso 1º dice:

> **"BENEFICIOS DE LOS AFILIADOS AL REGIMEN SUBSIDIADO. El régimen subsidiado garantiza a sus afiliados la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993."**

De requerir servicios adicionales a los incluidos en ese plan, el Estado debe garantizarlos de acuerdo con el artículo 31 del mismo decreto, en el que se lee:

> **"Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes."**

De manera específica la Ley 715 de 2001 fijó las competencias de las Secretarías Departamentales de Salud dentro del régimen subsidiado; así, en su artículo 43 dispuso que a los departamentos correspondía dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el territorio de su jurisdicción, al tiempo que le impuso, entre otras obligaciones la de: "**Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas**" y "**Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones de más recursos cedidos, la prestación de**

servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda…"

Y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 enseña: "**Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas".**

Es claro entonces que corresponde a las empresas promotoras de salud en el régimen subsidiado atender a sus afiliados en la prestación de los servicios médicos incluidos en el POS-S. De tratarse de servicios diferentes corresponderá al Estado garantizarlos, a través de las entidades con las que celebre contratos para el efecto. En tal forma se garantiza a la población pobre del país la asistencia necesaria mediante la prestación de todos los servicios médicos incluidos o no en los planes obligatorios de salud.

El plan obligatorio de salud para ese régimen, contenido en el Acuerdo No. 08 de 2009, no incluye la valoración que reclama la demandante, y en consecuencia, no es en principio la EPS-S Caprecom la responsable en practicarla. La obligación debe garantizarla la entidad territorial vinculada, a través de la red de prestadores públicos o privados con los que tenga contrato.

Ese hecho no lo desconoció la entidad territorial que al responder la demanda, afirmó que la valoración por otorrinolaringología no hace parte del POS-S y que debe ser prestado por el Hospital San Jorge, con el que suscribió contrato para ese fin.

Y efectivamente el servicio se prestó el 15 de abril último, en el Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, como atrás se indicara.

Puestas de esa manera las cosas, la responsabilidad en la prestación del servicio recaía en la Secretaría de Salud del Departamento, a la que correspondía garantizarlo por medio de las entidades con las que suscribiera contrato para ese fin.

Sin embargo, orden alguna podrá impartirse porque como ya se indicara, se estableció en el trámite del proceso que la valoración recomendada ya se realizó y que se han practicado al enfermo los demás exámenes recomendados por el especialista que lo examinó y porque es sabido que la acción de tutela tiene como fin último la protección inmediata de los derechos fundamentales afectados de manera actual e inminente y con ella se busca la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de inmediato cumplimiento en aras a garantizar la protección del derecho. Por lo tanto, cuando esa perturbación o amenaza ya no es actual ni

inminente, el peticionario carece de interés jurídico, desapareciendo en consecuencia el sentido y objeto de una acción de esta naturaleza.

Se configuró entonces un hecho superado por carencia actual de objeto, ya que el motivo que originó la solicitud de amparo cesó y como la aspiración primordial de la accionante se satisfizo, se avalará la decisión de primera instancia de proteger los derechos invocados.

Sobre el tema ha dicho la Corte Constitucional[9]:

> **"Ponderando dicho precepto constitucional (se refiere al artículo 86) puede extraerse que la acción de tutela parte de la existencia de amenazas o violaciones a los derechos fundamentales que sean presentes y ciertas en el trámite del amparo, pues, de lo contrario, es decir, dada la inexistencia actual en la afectación de los derechos, la acción pierde todo objeto y finalidad.**
>
> **"De esta forma, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia la figura de la carencia actual de objeto bajo la modalidad de hecho superado, consistente en que si la situación que originó la amenaza o violación de los derechos fundamentales ha sido superada por haber sido satisfecha la pretensión del actor en el curso de la acción, pierde toda razón de ser la orden que pudiera impartir el juez de tutela y no queda otro camino que declarar la improcedencia de la acción.**
>
> **"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho al respecto:**
>
> > **"En efecto, la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, lo cual explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada, acude ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de lo cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración, primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío".**
> >
> > **"Lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la acción de tutela...[10]".**

En esas condiciones, se confirmará el numeral primero de la sentencia objeto de revisión que concedió el amparo solicitado, pero se declarará la carencia actual de objeto.

---

[9]Sentencia T-1095 de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández
[10]Sentencia T-519 de 1992

Como consecuencia de la anterior decisión, se revocará la orden impartida a la EPS-S Caprecom que no ha lesionado derecho fundamental alguno del demandante y porque la entidad territorial encargada de prestar el servicio médico reclamado lo hizo antes de que se dictara la sentencia de primer grado, también la que autorizó a aquella entidad ejercer la acción de recobro.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo de 2011, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, en la acción de tutela propuesta por María Raquel Maya Galeano, como agente oficiosa de Diego Alexander Maya contra la EPS-S Caprecom, a la que fue vinculada la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, pero se declara superado el hecho que motivó la acción y en consecuencia, **SE REVOCAN** los numerales segundo y tercero de esa providencia.

2. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

3. Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 ibídem.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados.

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

GONZALO FLÓREZ MORENO

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO