



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia
Accionante : Orlando Gutiérrez Londoño
Agente Oficiosa : Irma Estrella Giraldo Restrepo
Presunto infractor : EPS-S Cafésalud, Secretaría de Salud Departamental y otro
Vinculada : Corporación IPS Saludcoop –Casa de especialistas
Radicación : 2014-00116-01 (Interna 8908 LRR)
Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira
Temas : Salud- Tratamiento integral-Recobro Fosyga
Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
Acta número : 2896

PEREIRA, RISARALDA, CUATRO (4) DE JULIO DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

2. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Cuenta el actor que el médico especialista desde el 15-04-2014 ordenó su hospitalización en Oncólogos de Occidente para realizarle un Tac de tórax, en razón a un tumor en la laringe y a la fecha no lo han llamado con ese fin. Añade que le ha insistido a las entidades para que lo internen, sin resultado positivo (Folios 14 y 15, del cuaderno No.1).

3. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Considera vulnerados o amenazados los derechos a la salud y a la vida (Folio 15, del cuaderno No.1).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a Oncólogos de Occidente que, en forma inmediata, hospitalice al señor Orlando Gutiérrez Londoño y que le programen y realicen, en el menor tiempo posible, todos los exámenes requeridos para establecer la necesidad del procedimiento de Laringetomía. Igualmente, se le autorice el tratamiento integral para el tumor de laringe (Folios 14 y 15, del cuaderno No.1).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción fue asignada por reparto al Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira y con providencia del 06-05-2014 la admitió y ordenó, entre otros, notificar a las partes y al vinculado (Folios 17 y 18, ibídem). Dentro del plazo, las accionadas acercaron escrito (Folios 35 y 36, 40 al 42 y 44 al 47, ibídem), excepto la vinculada. Para el día 20-05-2014 se profirió sentencia (Folios 50 al 61, ibídem); posteriormente, se concedió la impugnación impetrada por la entidad promotora de salud, ante este Tribunal (Folio 72, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Con fundamento en la jurisprudencia y las condiciones del paciente, al ser persona de especial protección constitucional, concedió el amparo y le ordenó a la entidad de salud que entregara las respectivas autorizaciones de los procedimientos que fueren recetados por el galeno tratante. Asimismo, el tratamiento integral por tratarse de un paciente con cáncer (Folios 50 al 61, ib.).

7. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Se queja la EPSS de la improcedencia de esta clase de acciones para autorizar tratamientos integrales, puesto que conllevan a prestaciones futuras e inciertas; que no existe legitimación por pasiva porque es la entidad territorial la obligada a prestar los servicios excluidos del POSS y, en caso de imponérsele la carga de prestar algún servicio, se autorice el recobro ante el Fosyga (Folios 67 al 69, ib.).

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

8.1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser el superior jerárquico del Despacho que conoció en

primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

8.2. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción actúa a nombre de Orlando Gutiérrez Londoño, este último persona natural, titular de los derechos subjetivos fundamentales, violados o amenazados, (Artículos 86 de la CP y 1º, Decreto 2591 de 1991), afiliado al régimen subsidiado en salud a través de Cafesalud EPSS.

La señora Irma Estrella Giraldo Restrepo se encuentra legitimada para representar a su agenciado, Orlando Gutiérrez Londoño, si se tiene en cuenta que este padece una enfermedad catastrófica, lo cual implica de por sí postración en cama "(...) y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual torna verosímil la imposibilidad física para ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales (...)"¹.

Y por pasiva la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda y Cafesalud EPSS, pues a ellas se endilga la presunta conducta violatoria de los derechos fundamentales, cuya protección se reclama (Artículo 13 Decreto 2591 de 1991). En relación con Oncólogos de Occidente SA y la Corporación IPS Saludcoop –Casa de especialistas-, se confirmará lo resuelto por el *a quo*, en el sentido de declararlos sin responsabilidad alguna, pero se adicionará para hacer pronunciamiento expreso en la resolutive de esta decisión.

8.3. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que tuteló los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación de la EPSS Cafesalud?

8.4. La resolución del problema jurídico

8.4.1. Los presupuestos generales de procedencia

La Corte Constitucional tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer de fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales. Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-160 de 2014. MP: NiLson Pinilla Pinilla.

constitucional²; nótese que la autorización de hospitalización data del 15-04-2014 (Folios 2 y 3, del cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 05-06-2014 (Folio 16, del cuaderno No.1).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios³. Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario⁴: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el sub lite, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados en su petición; además el hecho de padecer una enfermedad catastrófica (cáncer)⁵ y la situación económica al pertenecer al régimen subsidiado, lo convierten en una persona de especial protección constitucional⁶. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

8.4.2. La entidad responsable del servicio

Tiene fijado la jurisprudencia constitucional que la determinación de la entidad obligada a la prestación del servicio, depende del tipo de servicio y de la persona que lo requiera (En este sentido la sentencia T-760 de 2008, apartado 4.3.4). En efecto, cuando el servicio médico requerido es un tratamiento (Pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, terapias, insumos, etc.), la orden que se imparta, depende del régimen al cual pertenece; empero, solamente se analizaran las variantes en el régimen subsidiado al cual pertenece el actor. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional⁷:

(i) Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (EPS) como en el régimen subsidiado (ARS⁸), asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-162 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010. MP:G Jorge Iván Palacio Palacio y T-099 de 2008 MP: Manuel José Cepeda Espinosa

⁴ T-623 de 2011 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-498 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-180 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-110 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-249 del 12-04-2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Hoy EPS-S, conforme al artículo 14-2, Ley 1122.

reglamentarias, no le corresponda asumir. (ii) Cuando el servicio médico es un tratamiento (pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, terapias, etc.) la orden específica que se imparta depende del régimen al cual esté vinculado la persona.

(ii-1) En el régimen contributivo, la decisión que se debe adoptar en el caso de los tratamientos excluidos del plan obligatorio es igual a la que se debe tomar en el caso de los medicamentos excluidos; la entidad (EPS) tiene el deber de garantizar la efectiva prestación del servicio requerido, asistiéndole a ésta el derecho de recobro⁹.

(ii-2) En el régimen subsidiado la solución cambia, dependiendo de cuál sea la situación específica. La jurisprudencia ha indicado que en los casos en los cuales se demanda la atención en salud a una entidad que alega no tener la obligación de suministrar tratamientos excluidos del POSS, “(...) surgen dos opciones de protección constitucional que deben ser aplicadas por el juez de tutela de acuerdo al caso concreto.¹⁰ La primera supone que la ARS garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da en razón a que se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional;¹¹ la segunda de las opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.”¹². Sublínea fuera de texto.

Es claro, entonces, que enfrente de una persona que tiene la condición de sujeto de especial protección (Menor de edad, tercera edad, indigente, recluso, desplazado, mujer embarazada, etc.), cuya negativa no está justificada por la entidad, corresponde a la

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-897 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis; en este caso se ordenó a la EPS realizar al accionante el examen de *mapeo con ablación*), T-506 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; en este caso se ordenó a la EPS a autorizar el suministro e implantación de los audífonos formulados por el médico tratante) y T-678 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño; en este caso se ordenó a la EPS “autorizar a la accionante la práctica del procedimiento denominada queratoplastia lamelar con láser [*pachy link*]”)

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. La sentencia T-632 de 2002; MP: Jaime Córdoba Triviño, se refirió a las posibilidades de protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren medicamentos o tratamientos excluidos del POSS en los siguientes términos: “...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POSS, la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, [v.gr. T-480 de 2002; MP Jaime Córdoba Triviño] o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [v.gr. T-452 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa]” (Las sentencias citadas son los fallos que presenta la sentencia T-632 de 2002 como ejemplos de las dos hipótesis reseñadas).

¹¹ Esta solución también tiene lugar cuando el servicio médico no se encuentra excluido del POSS. La sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), por ejemplo, reiteró la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sin embargo en el caso concreto se ordenó a Comfama ARS autorizar y practicar el examen de diagnóstico denominado ‘radiografía de tórax PA lateral’ a la accionante, según lo ordenado por su médico tratante, por cuanto se constató que este servicio médico sí estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (Subsidiado). El juez de instancia había fallado sobre el supuesto contrario, porque la ARS había suministrado información falsa al respecto.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-752 de 1998. MP: Alfredo Beltrán Sierra, en este caso la Corte resolvió ordenar a la ARS que con el Instituto de Bienestar Familiar de Nariño y las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, coordinara todo lo relacionado con la gestión que deben adelantar para atender a la accionante. Ordenes similares, reiterando esta sentencia, se han impartido, por ejemplo, en las sentencias T-1227 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y T-855 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

EPSS, la prestación del servicio, conforme a los parámetros constitucionales antecitados.

8.4.3. El tratamiento integral para el usuario

Con el exclusivo fin de garantizar los derechos fundamentales aquí violados, considerando que (i) La afección padecida implica un tratamiento que perdura en el tiempo; y, (ii) La negativa en la prestación del servicio por la accionada; deberá suministrarse tratamiento integral, que tenga relación con la enfermedad “*cáncer de laringe*”, que padece el accionante, esté o no contemplado en el POS.

Al respecto la Máxima Magistratura Constitucional, explicó¹³: “(...) *La orden de suministrar tratamiento integral al paciente, no es una presunción de violaciones futuras a derechos fundamentales por abarcar situaciones que no han tenido ocurrencia, sino una real y efectiva protección a las garantías constitucionales. Evidentemente, la prevención que se hace por el juez de tutela al dar la orden de atención integral, lejos de constituirse en una presunción de violaciones futuras a derechos fundamentales por parte de la accionada y por hechos que no han tenido ocurrencia, como se podría alegar por la accionada, se constituye en una real y efectiva protección a las garantías constitucionales, como deber ineludible del fallador (...)*”.

Ya con anterioridad, la citada Corporación se había pronunciado de la siguiente manera: “*No sobra recordar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el **principio de integralidad** en virtud del cual, en situaciones como esta, se ha establecido que el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento¹⁴.*” Negrillas en el texto original. En este sentido puede leerse también la sentencia T-233 de 2011 y, más recientemente, la T-039 de 2013¹⁵.

Así entonces, con el exclusivo fin de garantizar los derechos fundamentales aquí afectados, la EPSS deberá suministrar el tratamiento integral relacionado con la patología padecida por el señor Orlando Gutiérrez Londoño, independientemente de que los servicios estén contemplados en el POS, pues no hay que olvidar que es una persona de especial protección constitucional al padecer una enfermedad catastrófica (cáncer)¹⁶ y por su situación económica al pertenecer al régimen subsidiado.

Sobre el tema, existen decisiones por parte de esta Sala especializada, que constituyen

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-062 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández

¹⁴ Situaciones como la descrita fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en los fallos: T-136 de 2004, entre otros.

¹⁵ MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

precedente horizontal¹⁷.

9. El análisis del caso en concreto

A partir de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala que debe confirmarse la sentencia de primer grado porque al ser el señor Orlando Gutiérrez Londoño una persona de especial protección por padecer una enfermedad catastrófica (cáncer)¹⁸ y por la situación económica al pertenecer al régimen subsidiado, era pertinente la orden a la EPSS accionada; contrario a lo afirmado por esta en su escrito de impugnación al decir que faltaba “(...) *legitimación en el extremo pasivo, ya que la obligación de brindar los servicios excluidos del POS-S, corresponde a la Secretaría de Salud Departamental*” (Folio 68, del cuaderno No.1) .

También era conforme a la jurisprudencia constitucional lo relacionado con el tratamiento integral, con el fin de lograr una real y efectiva protección a las garantías constitucionales del accionante y “(i) *garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología*”¹⁹.

En relación con el recobro, es criterio de la Sala Civil-Familia y la Penal para Adolescentes de esta Colegiatura, que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales²⁰; por lo tanto, no es necesario un fallo de tutela que lo autorice para poderlo efectuar o reclamar. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, frente a la derogatoria del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por parte de la Ley 1438²¹.

9. LAS CONCLUSIONES FINALES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se confirmará la decisión confutada, sin que haya lugar al recobro ante el Fosyga.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 09-06-2014; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2014-00218-01.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-05-2014; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2014-00126-02.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-039 de 2013.

²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 02-04-2013; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2013-00010.

²¹ Sentencia T-727 de 2011.

Se adicionará el fallo para desvincular a Oncólogos de Occidente y a la Corporación IPS Saludcoop –Casa de especialistas-, en razón a que no existe acción u omisión por parte de estas entidades que implique amenaza o vulneración de los derechos constitucionales del tutelante. Además, se trata de IPSs en donde existe la posibilidad que la EPSS Cafésalud, eventualmente pueda contratar los servicios con otras de igual naturaleza.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, EN SALA DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR la sentencia fechada del día 20-05-2014, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad.
2. ADICIONAR el fallo para desvincular a Oncólogos de Occidente y a la Corporación IPS Saludcoop –Casa de especialistas-.
3. ADVERTIR que no es necesario pronunciamiento expreso en relación con el recobro ante el Fosyga.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

Dgh / Oal/2014