El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Sentencia – 2ª instancia – 24 de abril de 2017

 Providencia : Acción de Tutela – Confirma el amparo concedido

 Accionante : Libardo Antonio Ríos Ramírez

 Agente oficiosa : Sandra Patricia Gil Restrepo

 Accionados : Cafesalud EPS-S y otros

 Radicación : 2017-00021-01

 Despacho de origen : Juzgado Primero Civil del Circuito especializado en

 : restitución de tierras de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

 Acta número : 205 de 24-04-2017

 **TEMAS : SALUD – ADULTO MAYOR.** “No se puede concebir que dificultades administrativas entre las IPS y EPS-S, sean obstáculo para que el accionante reciba el servicio de salud urgente que requiere, está en juego su vida. Que la EPS-S esté realizando la valoración con el comité técnico científico para autorizar la “fórmula médica” (Insumos), es insuficiente como para considerar superado el agravio de los derechos fundamentales, su obligación es garantizar el acceso efectivo a los servicios requeridos, lo que comporta la programación y ejecución real del procedimiento ordenado, que no se logra únicamente con aquella actividad administrativa, es más, ni siquiera ha autorizado el traslado del actor a una clínica nivel cuatro como se lo pidió la ESE HUSJ de Pereira. De otro lado, se advierte desafortunada la decisión en contra de la aludida ESE, pues la conminó a brindar una procedimiento que no está en condiciones de realizar, más aun cuando para la época de la promoción de la tutela el actor estaba por cuenta de la Clínica San Rafael, además, era inexistente autorización para la práctica de la cirugía en esas instalaciones.”.

Pereira, R., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

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

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Se informó que el accionante tiene 74 años de edad, padece *“(…) ANEURISMA DE AORTA ABDOMINAL Y UXTARENAL, HTA, IRC, DISPLEMIA, ULCERA GASTRICA (Sic) Y RIESGO DE DELIRIUM (…)”*, se encuentra recluido en la Clínica de Alta complejidad de Megacentro Pinares a espera de una intervención denominada *“(…) DERIVACIÓN AORTO FEMORAL (…)”*, pero no se ha podido realizar porque el material quirúrgico *“(…) PINZAS BIBEKY DE AORTA ABDOMINALK, SATINSKY Y TERRA DE AORTA ABDOMINAL (…)”* no ha sido suministrado (Folios 1 a 3, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

Se estima vulnerado el derecho a la salud en conexidad con la vida digna (Folio 2, cuaderno Nº.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que se ordene a las entidades accionadas realizar todos los necesarios para que se practique la cirugía de *“(…) DERIVACIÒN AORTO FEMORAL (…)”* (Folio 2, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 27-02-2017 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 13 y 14, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 15 a 19 y 32 a 35, ibídem). Contestaron la ESE Hospital Universitario San Jorge -HUSJ- de Pereira (Folio 20, ibídem) y la Secretaría de Salud Departamental (Folios 26 y 27, ib.). Se profirió sentencia el 07-03-2017 (Folios 43 a 46, ib.) y como fuera impugnada por la aludida ESE, fue remitida a este Tribunal (Folio 77, ib.).

La decisión atacada concedió el amparo constitucional y ordenó a Cafesalud EPS-S autorizar el kit quirúrgico y a la ESE HUSJ de Pereira realizar la cirugía requerida por el accionante (Folios 43 a 46, ib.).

La opugnante se quejó porque está imposibilitada para realizar el procedimiento requerido por el accionante debido a su complejidad, es una IPS de tercer nivel y la intervención quirúrgica solo puede hacerse por una clínica de cuarto nivel. Adujo que no ha vulnerado los derechos del accionante y por el contrario ha actuado con celeridad y dentro de sus posibilidades. Agregó que el 04-03-2017 solicitó la remisión a otra IPS, pero la EPS-S omitió responder. Finalmente expuso que la prohibición de traslado del paciente desconoce los protocolos médicos. Pidió absolverla de la carga impuesta en el fallo (Folios 62 a 65, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, que tuteló los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación?
	3. Los presupuestos de procedencia de la acción
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque el señor Libardo Antonio Ríos Ramírez está afiliado a Cafesalud EPS-S, y por pasiva, lo es la aludida EPS porque es la encargada de brindar el servicio de salud requerido.

La señora Sandra Patricia Gil Restrepo se encuentra legitimada para actuar como agente oficiosa del actor, dada la debilidad manifiesta por su avanzada edad y que se encuentra recluido en la ESE HUSJ de Pereira; encuadra la situación en lo dispuesto por la doctrina sobre el tema, al justificar la figura en comento, cuando hay *“(…) 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]](#footnote-1)*.

Conforme a los parámetros constitucionales[[2]](#footnote-2), halla la Sala, respecto de la Secretaría de Salud Departamental, que carece de legitimación en este amparo constitucional, en atención a que la EPS-S accionada es la encargada de garantizar el servicio de salud requerido, máxime cuando se trata de una persona de especial protección constitucional (Adulto mayor).

Tampoco tienen legitimación por pasiva la ESE HUSJ de Pereira y la Clínica de Alta Complejidad Megacentro de Pinares, porque este asunto no se acompasa con algunos de los casos excepcionales fijados jurisprudencialmente[[3]](#footnote-3); además, no les compete autorizar y suministrar los insumos requeridos, por ende, se declarará improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

La jurisprudencia 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, está satisfecho porque la acción se promovió dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4); nótese que el actor se encuentra hospitalizado desde el 23-01-2017 (Folios 8 a 11, cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 27-02-2017 (Folio 12, cuaderno No.1).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[5]](#footnote-5). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[6]](#footnote-6): (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 examine*, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud como fundamental

La CP en el artículo 49 estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La Corte Constitucional en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[7]](#footnote-7).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

* 1. Las exclusiones en el tratamiento al usuario

También debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud debe garantizarse a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone:“(…) *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud*”.

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

De entrada advierte la Sala que la sentencia atacada será confirmada parcialmente, dado que la orden impuesta a la ESE HUSJ de Pereira, conforme lo expuesto en el acápite de legitimación, es una obligación estricta de la EPS-S, quien debe autorizar y procurar la efectiva práctica de la cirugía ordenada por lo médicos tratantes*.*

En este asunto, es claro que los galenos de la Clínica San Rafael dispusieron la realización de la intervención quirúrgica requerida desde el 08-02-2017 (Folio 10 vuelto, ib.), debidamente autorizada por la EPS-S (Folios 10 a 11, y 58, ib.), no obstante, dejó de ejecutarse porque la IPS carecía del material quirúrgico completo (Folio 11 vuelto y 58, ib.).

Adujo la EPS-S en su contestación extemporánea que desconocía la orden de insumos y que solo con ocasión de la medida cautelar se enteró de ello, por lo tanto, se quejó de la promoción del amparo, sin que previamente el interesado le haya presentado aquel documento (Folios 52 a 56, ib.).

Pese a lo anterior, la Sala considera que es inviable oponerle al accionante la carga de radicar ese escrito, a sabiendas de que se encuentra hospitalizado y carece de familiares que puedan estar al tanto de sus necesidades, es así que en este asunto se agenciaron sus derechos por un tercero. Se trata de una persona de especial protección constitucional que lleva casi tres (3) meses esperando un procedimiento.

Con la sentencia de primera instancia se impuso a la EPS-S la obligación de suministrar materiales requeridos, pero a estas alturas es inexistente prueba que acredite que ya los haya autorizado. Ni siquiera impugnó. Por el contrario, según afirma la ESE HUSJ de Pereira, el accionante fue retornado por la Clínica San Rafael, sin practicar la cirugía, misma que no puede realizar debido a la complejidad de la enfermedad del actor, carece del material humano y tecnológico necesario.

No se puede concebir que dificultades administrativas entre las IPS y EPS-S[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9), sean obstáculo para que el accionante reciba el servicio de salud urgente que requiere, está en juego su vida. Que la EPS-S esté realizando la valoración con el comité técnico científico para autorizar la “fórmula médica” (Insumos), es insuficiente como para considerar superado el agravio de los derechos fundamentales, su obligación es garantizar el acceso efectivo a los servicios requeridos, lo que comporta la programación y ejecución real del procedimiento ordenado, que no se logra únicamente con aquella actividad administrativa, es más, ni siquiera ha autorizado el traslado del actor a una clínica nivel cuatro como se lo pidió la ESE HUSJ de Pereira.

De otro lado, se advierte desafortunada la decisión en contra de la aludida ESE, pues la conminó a brindar una procedimiento que no está en condiciones de realizar, más aun cuando para la época de la promoción de la tutela el actor estaba por cuenta de la Clínica San Rafael, además, era inexistente autorización para la práctica de la cirugía en esas instalaciones.

En relación con el recobro a que alude la EPS-S, ha sido criterio de la Sala Civil-Familia[[10]](#footnote-10)-[[11]](#footnote-11) y la Penal para Adolescentes[[12]](#footnote-12)-[[13]](#footnote-13) de esta Colegiatura, que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales; por lo tanto, es innecesario un fallo de tutela que lo autorice. En el mismo sentido, la CC 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 1438[[14]](#footnote-14).

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se confirmará parcialmente la sentencia objeto de recurso; (ii) Se revocarán sus numerales 3º y 4º, y en su lugar, (iii) Se declarará improcedente el amparo frente a las IPS accionadas y la Secretaría de Salud Departamental; y, (iv) Se adicionará un numeral para ordenar a la EPS-S que autorice el traslado del accionante a una Institución Prestadora de Salud de Nivel Cuatro, tal cual lo solicitó la ESE HUSJ de Pereira.

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,

F a l l a:

1. CONFIRMAR parcialmente la sentencia del 07-03-2017 del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira.
2. REVOCAR los numerales 3º y 4º de la referida providencia, y en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional frente a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, la Clínica San Rafael y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.
3. ADICIONAR un numeral para ordenar a la Administradora de la Agencia de Cafesalud EPS-S, doctora Victoria Eugenia Aristizábal Marulanda, o quien haga sus veces, que de manera inmediata, autorice el traslado del accionante a una IPS de cuarto nivel, donde deberá ser realizada la cirugía dispuesta por su médico tratante.
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

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH / ODCD / 2017

1. CC. T-083 de 2016, T-096 de 2016, [T-719 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0719de15.htm) y T-160 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T–249 2007, T-115 de 2013 y T-056 de 2015 entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-020/13 y T-108 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. Sentencias T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Sentencia T-760 del 2008, también la T-096 de 2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-780 de 2010, T-425 de 2013, T-472 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. Sala Civil, STC4735-2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 19-08-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00072-01. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-09-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00091-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Sala No.7 de Asuntos Penales para adolescentes. Sentencia del 28-05-2014; MP: Claudia M. Arcila R., exp. No.2014-00043-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP, Sala No.4 de Asuntos Penales para adolescentes. Sentencia del 17-02-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2014-00477-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. Sentencia T-727 de 27-09-2011. [↑](#footnote-ref-14)