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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 27 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma amparo

Radicación Nro. : 2017-000622-00

Accionante: LUIS ANÍBAL ACEVEDO AGUDELO

Accionado: ASMET SALUD EPS-S Y OTRA

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DERECHO A LA SALUD / TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA ENFERMEDAD.** Hay que decir que fue atinada la decisión del despacho de primera sede al imponer a la EPS la orden para la autorización y entrega de los servicios, ante la amenaza y vulneración de los derechos del actor, debido a la negligencia con la que ha actuado para prestarle las asistencias médicas dispuestas por el profesional de la salud. Igual sucede en lo atinente al tratamiento integral dispuesto por la *a quo,* pues seavienea la mentada normativa y jurisprudencia. En efecto, es indispensable concederlo dada la condición especial de salud del señor Acevedo Agudelo que requiere de seguimiento médico y medicación permanente; padece de una enfermedad *“PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECI (Sic)”* (Folio 4, ib.), y la entidad accionada ha demorado injustificadamente la prestación de la asistencia en salud, pues han pasado casi tres (3) meses desde el día en que se ordenó por el médico la entrega de los servicios deprecados; es así, que el actor se ha visto en la necesidad de promover este amparo. No comparte la Sala el argumento planteado por la accionada en la impugnación, pues los inconvenientes administrativos relativos al recobro ante el FOSYGA no pueden ser obstáculo para el cumplimiento de su obligación legal, sin lugar a dudas, ha sido renuente en brindar la asistencia en salud. Es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegar ningún tipo de exclusión (Artículo 15, Ley 1751) y menos que el interesado deba esperar a que su vida y salud se deterioren, máxime cuando el profesional en la salud en la última valoración, 08-06-2017, sobre su tratamiento, refirió *“(…) DE FORMA CONTINUA Y SIN SUSPENDER DEBE CONTINUAR OXIGENO DOMICILIARIO (…)”* (Folio 4, ib.)*.* Así las cosas, la petición encaminada a que se niegue la prestación integral al accionante, con fundamento en lo expuesto por la accionada, es infundada y atenta flagrantemente contra los derechos fundamentales a la salud e integridad personal.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Luis Aníbal Acevedo Agudelo

Accionados : Asmet Salud EPS-S y otra

Litisconsorte : Clínica San Rafael de Pereira y otro

Radicación : 2017-00062-01

Temas : Salud - Tratamiento integral

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 474 de 13-09-2017

Pereira, R., trece (13) de septiembre 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 FÁCTICA

Se indicó que el accionante tiene 80 años de edad y padece de *“(…) ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA (…)”*, el médico tratante ordenó el suministro de *“(…) OXIGENO CATETER O CANULA NASAL, OXÍGENO DOMICILIARIO 3 LTS POR MINUTO POR CANULA NASAL SUMINISTRO POR BALAS DE 6.5 MTS CÚBICOS CANTIDAD MENSUAL, 15 BALAS POR MES (…)”*, pero a la fecha de presentación del amparo la accionada no las ha autorizado y son necesarias para tratar su patología (Folio 9, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la salud, calidad de vida e integralidad personal (Folio 8, cuaderno Nº.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Tutelar los derechos invocados y ordenar a la accionada (i) autorizar y suministrar las balas de oxigeno domiciliario recetadas por el médico; y, (ii) brindar el tratamiento integral (Folios 9 a 10, cuaderno No.1).

1. RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 19-07-2017 se admitió, se vinculó a quienes estimó pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 13, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 15 a 19 *(sic)*, ibídem). Contestaron la Secretaría de Salud Departamental (Folios 20 y 21, ibídem), la IPS Clínica San Rafael (Folio 36, ib.) y Asmet Salud EPS (Folio 43 a 44, ib.). Se profirió sentencia el 01-08-2017 (Folios 51 a 54, ib.) y como fuera impugnada por la EPS-S, fue remitida a este Tribunal (Folio 79, ib.).

Con el fallo se concedió el amparo constitucional y se ordenó a la EPS accionada brindar los servicios médicos y el tratamiento integral, porque consideró infundada la tardanza en su prestación; la accionada solo autorizó y suministró 15 balas de oxígeno, pero en acatamiento de la medida cautelar (Folios 51 a 54, ib.).

Se quejó Asmet Salud EPS-S porque en la sentencia opugnada dejó de concedérsele el recobro ante el “*FOSYGA”*, proveniente de los servicios de salud exigidos por el accionante que es no POS y que el tratamiento integral viola el principio de universalidad porque es inexistente la negación del servicio, además se trata de hechos futuros e inciertos; por lo tanto, solicitó modificar el fallo para autorizar el recobro respectivo e imponer a la Secretaría de Salud Departamental la obligación de la prestación de los servicios por fuera del POS (Folios 64 a 74, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR
   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 Civil del Circuito de Dosquebradas, que tuteló los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación.
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque el señor Luis Aníbal Acevedo Agudelo está afiliado al régimen subsidiado en salud, a través de Asmet Salud EPS-S.

La señora Luz Adiela Giraldo Bejarano está legitimada para solicitar a la Personería de Dosquebradas la promoción de este amparo en favor de su agenciado, dada la debilidad manifiesta por su avanzada edad y su padecimiento actual *“ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA”* (Folio 5, ib.); 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)*.

La Personería de Dosquebradas también está legitimada para representar los intereses del actor, puesto que existe petición expresa para interponer el amparo constitucional en su nombre (Folio 7, ib.) (Artículo 10, Decreto 2591 de 1991).

Y por pasiva, Asmet Salud EPS-S, porque es la entidad encargada de brindar los servicios de salud.

* + 1. La subsidiariedad e inmediatez

La jurisprudencia tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables para conocer del fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales.

Este último supuesto está satisfecho, pues la acción se presentó dentro de los seis meses siguiente a los hechos violatorio, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2), pues la órden médica data del 08-06-2017 (Folio 5, ib.) y la tutela se presentó el 19-07-2017 (Folio 11, ib.).

Respecto 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 ordinarios[[3]](#footnote-3). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[4]](#footnote-4): (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

A la luz del artículo 49 de la CP, 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 CC 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 prometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[5]](#footnote-5).

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 dela 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 tratamiento integral para el usuario

La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la referida ley, en la que se estableció que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”.* (Artículo 8).

Y sobre ella, la Máxima Magistratura Constitucional, ha dicho[[6]](#footnote-6): *“(…) 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 (…)”* (Resaltado extratextual).

1. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

En este asunto, el médico tratante del accionante el 08-06-2017 ordenó *“(…) OXIGENO CATETER O CANULA NASAL, OXIGENO DOMICILIARIO 3 LTS POR MINUTO POR CANULA NASAL SUMINISTRO POR BALAS DE 6.5 MTS CÚBICOS* CANTIDAD *MENSUAL 15 BALAS POR MES, FORMULA PARA 6 MESES* (…)”, de las cuales se autorizaron y entregaron quince (15) (Folio 45, cuaderno No.1), información convalidada por la agencia oficiosa (Folio 50, ib.), quedando pendientes setenta y cinco (75) balas, para los restantes cinco (5) meses de tratamiento; no obstante, dicha actividad es insuficiente como para considerar superado el agravio de los derechos fundamentales, puesto que la obligación es garantizar el acceso efectivo a los servicios requeridos, que para este caso se causaría con la autorización plena de la prescripción y la consecuente entrega de los insumos durante los respectivos meses.

Hay que decir que fue atinada la decisión del despacho de primera sede al imponer a la EPS la orden para la autorización y entrega de los servicios, ante la amenaza y vulneración de los derechos del actor, debido a la negligencia con la que ha actuado para prestarle las asistencias médicas dispuestas por el profesional de la salud.

Igual sucede en lo atinente al tratamiento integral dispuesto por la *a quo,* pues seavienea la mentada normativa y jurisprudencia. En efecto, es indispensable concederlo dada la condición especial de salud del señor Acevedo Agudelo que requiere de seguimiento médico y medicación permanente; padece de una enfermedad *“PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECI (Sic)”* (Folio 4, ib.), y la entidad accionada ha demorado injustificadamente la prestación de la asistencia en salud, pues han pasado casi tres (3) meses desde el día en que se ordenó por el médico la entrega de los servicios deprecados; es así, que el actor se ha visto en la necesidad de promover este amparo.

No comparte la Sala el argumento planteado por la accionada en la impugnación, pues los inconvenientes administrativos relativos al recobro ante el FOSYGA no pueden ser obstáculo para el cumplimiento de su obligación legal, sin lugar a dudas, ha sido renuente en brindar la asistencia en salud. Es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegar ningún tipo de exclusión (Artículo 15, Ley 1751) y menos que el interesado deba esperar a que su vida y salud se deterioren, máxime cuando el profesional en la salud en la última valoración, 08-06-2017, sobre su tratamiento, refirió *“(…) DE FORMA CONTINUA Y SIN SUSPENDER DEBE CONTINUAR OXIGENO DOMICILIARIO (…)”* (Folio 4, ib.)*.*

Así las cosas, la petición encaminada a que se niegue la prestación integral al accionante, con fundamento en lo expuesto por la accionada, es infundada y atenta flagrantemente contra los derechos fundamentales a la salud e integridad personal.

Finalmente, en relación con el recobro que se solicitó, hay que decir que ha sido criterio de la Sala Civil-Familia[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8) y la Penal para Adolescentes[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10) 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[[11]](#footnote-11), similar criterio sostiene la CSJ[[12]](#footnote-12).

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se confirmará la sentencia objeto de recurso.

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 la sentencia del 01-08-2017 del Juzgado Civil del Circuito Dosquebradas.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. 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 /LSCL/ 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" \o "Haga clic para abrir la Sentencia T-719/15) y T-160 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC.T-162 y 034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC.T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009 y T-989 de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-405 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-062 de 2006, en igual sentido T-096 de 2016. [↑](#footnote-ref-6)
7. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 19-08-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00072-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-09-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00091-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. CC. T-727 de 27-09-2011. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. Civil. STC3914 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)