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 – 26 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Revoca decisión del a quo y niega amparo

Radicación Nro. : 66001-31-09-001-2017-00073-01

Accionante: GILDARDO GONZÁLEZ

Accionado: NUEVA EPS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS YA ORDENADOS EN OTRA ACCIÓN DE TUTELA / DEBIÓ PROMOVERSE EL INCIDENTE DE DESACATO / NIEGA.** [L]as órdenes impuestas en esa instancia judicial encuentran una relación directa con el problema jurídico que se ha puesto en conocimiento de este Juez Constitucional, toda vez que la orden de tratamiento integral que en esa oportunidad se le dio a la EPS accionada, consistía precisamente el deber de garantizarle todo servicio, insumo o tratamiento que necesitara con ocasión de la patología ocular que hoy todavía lo aqueja. Acorde con lo anterior, es claro que el accionante tenía a su alcance otra alternativa distinta a la de acudir a una nueva solicitud de amparo para conjurar el desconocimiento de sus derechos por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliado, puesto que el Decreto 2591 de 1991 que regula lo concerniente a la acción de tutela, contempla un mecanismo diverso como es el incidente de desacato, para obtener el cumplimiento de aquellas decisiones en las cuales se han amparado los derechos fundamentales de una persona, sin que se logre por parte de la autoridad o entidad encargada su acatamiento.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 3:40 p.m.

Aprobado por Acta No. 1017

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-09-001-2017-00073-01 |
| **Accionante:**  | Defensoría del Pueblo, Reg. Rda. y Nini Johana González, agentes oficiosos de Gildardo González |
| **Accionado:** | Nueva EPS  |
| **Procedencia:** | Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira |
| **Decisión:** | Revoca decisión |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el Representante Judicial en el Eje Cafetero de la Nueva EPS, contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante el cual resolvió conceder la protección de los derechos fundamentales del Gildardo González.

**ANTECEDENTES:**

La señora Nini Johana González Aguirre, actuando como agente oficiosa del señor Gildardo González, y coadyuvada por la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, acudió al presente mecanismo constitucional de amparo, al considerar vulnerados por parte de la Nueva EPS, sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, la vida y la protección especial del adulto mayor. Los hechos en los cuales fundamentó su petición se pueden relacionar así:

* El señor Gildardo González tiene actualmente 97 años de edad, y ha sido diagnosticado con *“ASTIGMATISMO”*, razón por la cual su médico tratante, especialista en Oftalmología, le prescribió unos lentes desde el 14 de abril de 2016, así: *“OD N-100 x 90º 20/400, OI N 20/MM, ADD + 300 80/200 BIFOCAL, USO PERMANENTE”*, además, en aquella oportunidad le ordenó cita de control en un año, pero hasta el momento no ha sido posible que le autoricen las gafas, y tampoco el control que debió realizarse en el mes de abril de este año.
* La situación descrita pone en riesgo sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que vive sólo, está casi ciego y debe andar con un bastón, por lo tanto, requiere del insumo que le ordenó su optómetra para poder realizar sus labores diarias.

**LO QUE SOLICITA:**

De acuerdo a los hechos narrados con anterioridad, solicitó la accionante que se amparen los derechos fundamentales invocados en favor de su agenciado, y en consecuencia se ordene a la Nueva EPS que de manera inmediata ordene el suministro del insumo ordenado por el médico tratante, además, la cita de control con el médico especialista en optometría.

**TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el 8 de agosto de 2017 y ordenó la notificación y traslado a la Nueva EPS para que se pronunciara sobre los hechos narrados por la accionante.

En relación con la solicitud de amparo constitucional, la Representante Judicial de la Nueva EPS, Regional Eje Cafetero, expuso que esa entidad ha garantizado la prestación de todos los servicios en salud requeridos por su afiliado mientras se hayan encontrado dentro de la órbita prestacional del SGSS, y como sustento citó las normas que al respecto consideró pertinentes acerca del proceso requerido para las solicitudes de medicamentos, procedimientos e insumos excluidos del plan de beneficios en salud para afiliados del régimen contributivo.

Finalmente, el Juez Cognoscente decidió mediante sentencia del 16 de agosto de 2017, tutelar el derecho fundamental a la salud del cual es titular el señor Gildardo González, puesto que encontró demostrado que los servicios que le han sido prescritos por su médico tratante no se le han brindado, y en ese sentido, no fueron de recibo los argumentos esgrimidos por la entidad accionada al referirse a los nuevos trámites internos para la radicación de solicitudes tendientes a la autorización de los mismos, ya que ese tipo de tramitologías no pueden ser impuestas a los usuarios del sistema de salud.

Así las cosas, el *A quo* ordenó a la Nueva EPS que, por intermedio de la Gerente Regional Eje Cafetero, realizara los trámites administrativos tendientes a programar la cita médica de control por optometría que requiere el señor González, con la finalidad de que se emita un concepto frente a la pertinencia del suministro de *“OD N-100 x 90º 20/400, OI N 20/MM, ADD + 300 80/200 BIFOCAL, USO PERMANENTE”*, y de ser así, se haga efectiva su entrega de forma inmediata.

**IMPUGNACIÓN:**

Una vez notificado el fallo de instancia, el apoderado judicial de la Nueva EPS, Regional Eje Cafetero, presentó un escrito mediante el cual la impugnó, manifestó su inconformidad con la decisión pues, a criterio suyo, no se demostró un desconocimiento por su parte a los derechos fundamentales del actor, dado que el medicamento y la cita médica que requiere fueron aprobados de manera diligente y oportuna. Además, cuestionó que (supuestamente) se le hubiera ordenado la prestación de un tratamiento integral por patologías que no son existentes, ni han sido definidas médicamente, máxime cuando no se le autorizó de forma expresa para realizar los respectivos recobros ante el FOSYGA.

Por otra parte, señaló que la presente acción de tutela debe ser declarada improcedente, puesto que por el mismo insumo ya existe una sanción de arresto en contra de la entidad. Además, aunque en la actualidad no hay ninguna orden médica que soporte la solicitud, se le asignó una cita médica con el especialista.

Finalmente se refirió extensamente al tema de las órdenes de tratamiento integral en salud vía tutela, argumentos de los cuales se considera innecesario hacer alusión, toda vez que ese tipo de mandato no fue impuesto en el fallo de primer grado.

**CONSIDERACIONES:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde a esta Corporación establecer si en el presente asunto le asiste razón a la EPS recurrente en cuanto a que lo ordenado por el Juez de primer grado no se encuentra ajustado a derecho y a las normas que en materia de salud rigen y por tanto se debe revocar la decisión, para en su lugar declararla improcedente.

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona está facultada para promover acción de tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Sería del caso entrar a resolver los argumentos propuestos por la entidad recurrente en su escrito de impugnación, sin embargo, se ha advertido una situación que le impide a esta Colegiatura realizar un pronunciamiento de fondo acerca del presente asunto, ello porque al verificar los documentos adjuntos a dicho escrito, llamó la atención el oficio que se encuentra a folio 31 del expediente, en el cual se observa la notificación que a la misma entidad le hiciera el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, de un fallo de tutela proferido en el año 2015, donde figura como accionante el señor Gildardo González, lo cual se suma a la manifestación que hace el apoderado judicial de esa EPS en el numeral sexto de la impugnación, donde indica que la acción constitucional resulta improcedente por cuanto actualmente existe una sanción de arresto vigente por el mismo insumo que en esta oportunidad reclama el accionante.

Atendiendo dicha situación, se le solicitó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira que allegara en calidad de préstamo las diligencias correspondientes a la acción de tutela referida atrás, con el fin de verificar si se trataba del mismo asunto, o alguno diverso; expediente que fue analizado una vez recibido, logrando observar que el 15 de julio de 2015 se profirió por parte del mencionado Despacho Judicial una sentencia de tutela de primera instancia mediante la cual se ampararon los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, y a la vida en condiciones dignas del señor Gildardo González, corolario de ello, se ordenó a la Nueva EPS, entre otras cosas, brindarle al accionante todo el tratamiento integral que requiriera con ocasión de la patología que motivó el impulso de aquella acción constitucional, incluyendo citas con especialistas, cirugías, medicamentos, viáticos, y demás servicios que consideraran pertinentes sus médicos tratantes.

Ahora, se entrevé también en el trámite que el señor González acudió a esa acción de tutela arguyendo que padecía problemas de salud en sus ojos, pues se encontraba prácticamente sin visión y no había sido posible obtener un diagnostico al respecto.

Tal situación permite concluir fácilmente que las órdenes impuestas en esa instancia judicial encuentran una relación directa con el problema jurídico que se ha puesto en conocimiento de este Juez Constitucional, toda vez que la orden de tratamiento integral que en esa oportunidad se le dio a la EPS accionada, consistía precisamente el deber de garantizarle todo servicio, insumo o tratamiento que necesitara con ocasión de la patología ocular que hoy todavía lo aqueja.

Acorde con lo anterior, es claro que el accionante tenía a su alcance otra alternativa distinta a la de acudir a una nueva solicitud de amparo para conjurar el desconocimiento de sus derechos por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliado, puesto que el Decreto 2591 de 1991 que regula lo concerniente a la acción de tutela, contempla un mecanismo diverso como es el incidente de desacato, para obtener el cumplimiento de aquellas decisiones en las cuales se han amparado los derechos fundamentales de una persona, sin que se logre por parte de la autoridad o entidad encargada su acatamiento.

Ésta situación no es desconocida por la promotora de la presente acción, puesto que se pudo evidenciar que con ocasión de tal orden de protección ya se había promovido anteriormente un incidente de desacato ante el juzgado de conocimiento, que terminó con la imposición de una sanción confirmada en grado jurisdiccional de consulta por la Sala Civil Familia de este Tribunal Superior mediante auto del 21 de marzo de 2017, donde con ponencia del H. Magistrado Edder Jimmy Sánchez Calambás, interpretó esa Corporación que *“la sentencia dispuso el tratamiento integral para la patología visual que presentare el señor Gildardo González como resultado de sus valoraciones”*, la cual incluye, sin lugar a dudas, el *“ASTIGMATISMO”* que se le ha diagnosticado en la actualidad. Sin embargo, aquel trámite culminó con el archivo del incidente de desacato al verificarse por parte del Juez que la obligada ya había dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo, lo cual se corroboró por parte de la señora Nini Johana González, agente oficiosa que hoy promueve este trámite.

Dicho lo anterior, no queda duda que el tema puesto en consideración mediante este mecanismo ya fue abordado por otro Juez en sede constitucional, por lo tanto es evidente que al efectuarse un pronunciamiento frente a tal asunto se estaría atentando contra los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. Así lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia T-185 de 2013:

***“La Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones:*** *“i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”.*

(…)

“En sentencia C-774 de 2001[[1]](#footnote-1), la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: “*es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio*. *De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”.*

De acuerdo a lo dicho hasta ahora, considera esta Magistratura que lo pertinente será revocar la decisión de primer nivel, y en su lugar abstenerse de proceder a realizar nuevamente estudios que ya han sido debatidos y resueltos procesalmente a través del mismo tipo de acción, ante un juez diferente.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad conferida en la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, el 16 de agosto del presente año, para en su lugar negar la solicitud de amparo invocada por la señora Nini Johana González Aguirre, quien actúa como agente oficiosa del señor **GILDARDO GONZÁLEZ**, coadyuvada por la Defensoría del Pueblo, Regional Risaralda; ello conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y Remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. De fecha 26 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-1)