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 – 31 de enero de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Confirma parcialmente el amparo concedido por el a quo

 Accionante : Luis Aníbal Acevedo Agudelo

 Accionados : Asmet Salud EPSS y otra

 Litisconsorte : ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

 Radicación : 2016-00131-01

 Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 41 de 31-01-2017

Temas **: MORA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA ENFERMEDAD / OBLIGACIÓN DE PRESTAR LOS SERVICIOS MÉDICOS REQUERIDOS.** “En este asunto, es claro que el médico tratante del accionante desde el 14-01-2015 dispuso la práctica de la intervención quirúrgica denominada *“PROSTATECTOMÍA TRANSURETRAL”*, si bien es cierto que falta prueba de la radicación, también es cierto que no hay negativa de la EPS-S sobre la autorización, es más, ni si quiera se opuso a las pretensiones de la tutela; por el contrario, una vez conoció del amparo la autorizó (Folio 47, cuaderno No.1); no obstante, dicha actividad es insuficiente como para considerar superado el agravio de los derechos fundamentales del accionante, puesto que la 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. (…) [F]ue desafortunada la decisión en contra del Hospital San Jorge de Pereira, puesto que se le impuso una orden sin que se acreditara la amenaza o vulneración de los derechos, que en cualquier caso, tampoco se podía imponer, si se tiene que supuestamente dicha entidad conoció de la autorización durante el trámite de este amparo. En lo que respecta al tratamiento integral, halla la Sala que debe confirmase el fallo opugnado en este aspecto, pues es claro que la entidad accionada ha demorado injustificadamente la prestación de la asistencia en salud, han pasado casi dos (2) años desde el día en que se ordenó por el médico la intervención quirúrgica del accionante, además, porque el actor es una persona de especial protección constitucional y se ha visto afectado en su salud, eso sí, de acuerdo con las indicaciones que den los especialistas, relacionadas con la condición de salud que dio lugar a esta acción, (…)”.

Pereira, R., treinta y uno (31) de enero 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 80 años de edad, padece de hiperplasia de la próstata, su médico tratante ordenó la realización del procedimiento denominado “Prostatectomía transuretral”, pero a la fecha de presentación del amparo la accionada aun no lo ha autorizado (Folios 10 a 12, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se estiman vulnerados los derechos a la salud, la seguridad social, la calidad de vida y integridad personal (Folio 10, cuaderno Nº.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que: (i) Se amparen los derechos fundamentales; (ii) Se ordene a la accionada autorizar y realizar el procedimiento quirúrgico; (iii) Facultar a la accionada para el recobro ante el *“FOSYGA”*; y, (iv) Se conceda el tratamiento integral (Folio 11 vuelto, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Por reparto correspondió al Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, que con providencia del 10-11-2016 la admitió, vinculó a quienes estimó pertinente y dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 14, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 12 a 18, ibídem). Contestó la Secretaría de Salud Departamental (Folios 19 y 20, ibídem) y la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira (Folios 32 y 33, ib.). Se profirió sentencia el 22-11-2016 (Folios 39 a 43, ib.) y como fuera impugnada por Asmet Salud EPS-S, fue remitida a este Tribunal (Folio 72, ib.).

1. EL RESUMEN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Concedió el amparo constitucional y ordenó a la EPS accionada y al Hospital Universitario San Jorge de Pereira que autoricen y realicen el procedimiento quirúrgico y, brinden el tratamiento integral, porque consideró injustificado el retraso para su ejecución (Folios 39 a 43, ib.).

1. LA SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

Se quejó Asmet Salud EPS-S porque en la sentencia opugnada dejó de concedérsele el recobro ante el “*FOSYGA”*, a pesar de que el servicio de salud exigido por el accionante es no POS, 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 60 a 68, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER

8.1. 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).

* 1. El problema jurídico a resolver

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

* 1. La resolución del problema jurídico
		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, y la ESE Hospital Universitario San Jorge, por ser la IPS destinataria de la autorización médica pendiente de ejecución.

La señora Luz Adiela Giraldo Bejarano se encuentra legitimada para solicitar ante la Personería Municipal de Dosquebradas la promoción de este amparo en favor de su agenciado, dada la debilidad manifiesta por su avanzada edad y que se encuentra recluido en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira (Folios 8, cuaderno No.1 y 12, este cuaderno); 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 está legitimada para representar los intereses del actor, puesto que existe petición expresa para interponer el amparo constitucional en su nombre (Folio 1, cuaderno No.1) (Artículo 46, Decreto No.2591 de 1991).

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 el accionante es una persona de especial protección constitucional (Tercera edad), por lo que le corresponde a la EPSS accionada garantizar el servicio de salud requerido.

Tampoco tiene legitimación por pasiva la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, puesto que para la época en que se promovió el amparo constitucional no se había expedido la autorización de la cirugía y menos se había radicado ante esa dependencia, por lo tanto, se adicionará un numeral al fallo opugnado para declarar la improcedencia del amparo en su contra.

* + 1. Los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez

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, si bien se promovió la acción por fuera de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3), pues la órden médica data del 14-01-2015 (Folio 5, cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 10-11-2016 (Folio 13, cuaderno No.1), se considera superado por tratarse de una persona de especial protección constitucional (Tercera edad)[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5), además, se halla demostrada la vulneración actual y permanente en el tiempo de su derecho fundamental a la salud, a causa de la demora injustificada de la accionada en la autorización y realización de la cirugìa que requeire con urgencia, por lo tanto, resultaría desproporcionado imponerle la carga de acudir al amparo constitucional en el plazo referido[[6]](#footnote-6).

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 ordinarios[[7]](#footnote-7). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[8]](#footnote-8): (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 Constitución Política 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[[9]](#footnote-9).

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. 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[[10]](#footnote-10): *“(…) 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 (…)”.* (Negrilla extratextual).

* + 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 opugnada habrá de confirmarse parcialmente, salvo en lo relacionado con la orden impuesta a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, conforme lo expuesto en el acápite de legitimación, pues es obligación de la EPS-S autorizar y procurar la efectiva práctica de la cirugía ordenada por el galeno, y gestionar por su cuenta, con arreglo a los mecanismos legales, el recobro de los dineros que haya invertido para brindar el servicio de salud no contemplado en el *“POS”.*

En este asunto, es claro que el médico tratante del accionante desde el 14-01-2015 dispuso la práctica de la intervención quirúrgica denominada *“PROSTATECTOMÍA TRANSURETRAL”*, si bien es cierto que falta prueba de la radicación, también es cierto que no hay negativa de la EPS-S sobre la autorización, es más, ni si quiera se opuso a las pretensiones de la tutela; por el contrario, una vez conoció del amparo la autorizó (Folio 47, cuaderno No.1); no obstante, dicha actividad es insuficiente como para considerar superado el agravio de los derechos fundamentales del accionante, puesto que la 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.

Con todo, hay que decir que el despacho de primera sede desatinó en la valoración fáctica porque quedó sin prueba la autorización de la cirugía y su radicación ante la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, de tal suerte que era inviable concluir la mora en la prestación del servicio por parte de esta última, es así, que la prueba de su existencia tan solo fue arrimada al expediente con posterioridad a que se dictara sentencia, la cual, no puede ser suplida con constancia de un empleado del despacho (Folio 38, ib.), que tampoco demuestra su efectiva radicación ante la IPS. Una es la prescripción médica y otra su autorización, aquella la emite el médico tratante y esta la EPS.

En consecuencia, fue desafortunada la decisión en contra del Hospital San Jorge de Pereira, puesto que se le impuso una orden sin que se acreditara la amenaza o vulneración de los derechos, que en cualquier caso, tampoco se podía imponer, si se tiene que supuestamente dicha entidad conoció de la autorización durante el trámite de este amparo.

En lo que respecta al tratamiento integral, halla la Sala que debe confirmase el fallo opugnado en este aspecto, pues es claro que la entidad accionada ha demorado injustificadamente la prestación de la asistencia en salud, han pasado casi dos (2) años desde el día en que se ordenó por el médico la intervención quirúrgica del accionante, además, porque el actor es una persona de especial protección constitucional y se ha visto afectado en su salud, eso sí, de acuerdo con las indicaciones que den los especialistas, relacionadas con la condición de salud que dio lugar a esta acción, “*HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA”*.

En relación con el recobro que solicitó la impugnante, hay que decir que ha sido criterio de la Sala Civil-Familia[[11]](#footnote-11)-[[12]](#footnote-12) y la Penal para Adolescentes[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14) 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 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 1438[[15]](#footnote-15).

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se confirmará parcialmente la sentencia objeto de recurso; (ii) Se modificará su numeral 1º para excluir de la orden de tutela a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira; y, (iii) Se adicionará un numeral para declarar improcedente el amparo frente al referido hospital por carecer de legitimación.

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 22-11-2016 del Juzgado Civil del Circuito Dosquebradas.
2. MODIFICAR el numeral 1º de la referida providencia, en el sentido de EXCLUIR de la orden de tutela a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira.
3. ADICIONAR un numeral para DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo frente a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira por carecer de legitimación.
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

 *(En ausencia justificada)*

DGH / ODCD / 2017

1. CC. Sentencias T-083 de 2016, T-096 de 2016, [T-719 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0719de15.htm%22%20%5Co%20%22Haga%20clic%20para%20abrir%20la%20Sentencia%20T-719/15) y T-160 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Sentencia T–249 2007, T-115 de 2013 y T-056 de 2015 entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. Sentencia[SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. Sentencia T-069 de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. Sentencia T-096 de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. Sentencia T-841 de 2014. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. CC. Sentencia T-760 del 2008, también la T-096 de 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Sentencia T-062 de 2006, en igual sentido T-096 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 19-08-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00072-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-09-2015; MP: Duberney Grisales H., exp. No.2015-00091-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. CC. Sentencia T-727 de 27-09-2011. [↑](#footnote-ref-15)