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 – 17 de mayo de 2017

 Proceso : Acción de Tutela – Confirma parcialmente amparo concedido

 Accionante : Eliécer Grajales Grisales

 Accionada : ARL Positiva Compañía de Seguros

 Radicación : 2017-00029-01

 Despacho de origen : Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en

 : Restitución de Tierras de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 256 de 17-05-2017

 **Temas : ORDEN MÉDICA PARTICULAR - TRATAMIENTO INTEGRAL – INCAPACIDADES.** En este caso, la Sala considera acertada la decisión del *a quo* dirigida a que se brinde el tratamiento integral al accionante, pues la lesión que sufrió no solo requiere del procedimiento quirúrgico, sino también de tratamientos y medicamentos constantes e ininterrumpidos necesarios para que se rehabilite plenamente, además, se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta producto de la invalidez transitoria en que se encuentra, y la accionada nunca justificó por qué se negó a autorizar aquella intervención. Es cierto que se le están realizando terapias al accionante, pero también lo es que se iniciaron con posterioridad a la promoción de la tutela. Finalmente respecto de las incapacidades médicas que se ordenaron pagar por el juez de primer grado, considera la Sala desafortunada esta determinación, puesto que son inexistentes los hechos vulneradores o amenazantes en este sentido; en el expediente no obra documento alguno que revele la existencia de incapacidades que hayan sido radicadas ante la ARL y menos que se haya negado su pago. En consecuencia, se revocará esta orden.

Pereira, R., diecisiete (17) de mayo 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 indicó que el actor sufrió un accidente de trabajo y que el médico especialista ordenó la práctica de la cirugía *“REDUCCIÒN ABIERTA DE FRACTURA CON FIJACIÒN INTERNA (DISPOSITIVO DE FIJACIÒN U OSTEOSÍNTESIS) DE CLAVÍCULA”*, pero la ARL Positiva aún no la ha autorizado. Afirmó que carece de ingresos para costear dicho procedimiento (Folios 1 y 2, del cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Estima vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a vivir en condiciones dignas (Folio 1, del cuaderno Nº.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Pretende el accionante que Se ordene a la accionada: (i) Autorizar y practicar la cirugía dispuesta por el especialista; y, (ii) Brindar el tratamiento integral (Folio 2, del cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

El despacho de conocimiento con providencia del 13-03-2017 admitió la acción, decretó la medida provisional y dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 13, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folio 15, ibídem). Contestó la ARL (Folios 15 a 27, ibídem). Se profirió sentencia el 29-03-2017 (Folios 29 a 31, ib.) y como fuera impugnada por la accionada, fue remitida a este Tribunal (Folio 43, ib.).

Se concedió el amparo constitucional y se ordenó a la ARL Positiva brindar el tratamiento integral y pagar las incapacidades al accionante (Folios 29 a 31, ib.).

La apoderada judicial de la ARL refirió que ha garantizado el servicio de salud del accionante y que son inexistentes trámites pendientes de realizar; también expuso que no puede reconocer, liquidar, ni pagar incapacidades que nunca han sido reportadas. Pidió revocar la sentencia opugnada (Folios 38 a 40, 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.
	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 de la accionante, conforme al escrito de impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Eliécer Grajales Grisales, solicitó a la ARL accionada la prestación de la asistencia en salud. Pese a que el amparo se presentó por la señora Lina María Grajales Bermúdez, en calidad de agente oficiosa, se tiene que en razón de la intervención directa del actor en este amparo, se asume que su promoción se hizo de forma personal y no requiere ser agenciado (Folio 28, cuaderno No.1). Y por pasiva la ARL Positiva, pues la lesión del accionante fue calificada como de origen laboral y le compete prestar la asistencia en salud.

* + 1. La subsidiariedad y la inmediatez

La CC 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 cumplido puesto que la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1); nótese que la cirugía ordenada por el médico data del 22-02-2017 (Folio 4, del cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 16-03-2017 (Folio 1, ibídem), es decir, un (1) meses despues.

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[[2]](#footnote-2). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[3]](#footnote-3): (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 su derecho fundamental a la salud. 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 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 comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[4]](#footnote-4).

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.

Ahora bien, 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. La prestaciones asistenciales en el Sistema General de Riesgos Profesionales

Conforme el artículo 34 del Decreto 1295 de 1994, todo afiliado al SGRP, que padezca un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, y como consecuencia de ello se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que se le presten los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas.

En tratándose de las prestaciones asistenciales que la ARL debe brindar a sus afiliados, el referido decreto dispuso que[[5]](#footnote-5):

(i) los servicios de salud que demande el afiliado deben ser prestados a través de su entidad promotora de salud, a menos que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, caso en el cual estarán a cargo de la ARL correspondiente[[[6]](#footnote-6)](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-804-13.htm#_ftn13); (ii) los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional deben ser prestados por las administradoras de riesgos profesionales; (iii) la atención inicial de urgencia podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al SGRP; (iv) las empresas promotoras de salud podrán prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran, sin perjuicio de la facultad que ostentan para repetir contra la administradora de riesgos profesionales correspondiente, por concepto de atención de urgencias y servicios asistenciales, mediante el mecanismo de reembolsos entre entidades[[7]](#footnote-7).

Se puede entonces afirmar que la entidad encargada de brindar las prestaciones asistenciales requeridas por la persona que padece de alguna enfermedad se determina de conformidad con su origen, esto es, común o laboral, siendo en su orden la EPS y la ARL. Así lo ha referido la jurisprudencia constitucional patria[[8]](#footnote-8):

…para determinar la entidad responsable de las prestaciones asistenciales o económicas a que tiene derecho la persona que se encuentra en tales circunstancias, previamente debe existir la calificación del origen de la enfermedad o del accidente de trabajo. Si es de origen profesional, las prestaciones serán de cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales. De no ser así, y tratándose de origen común, tal responsabilidad deberá ser asumida por la E.P.S. en materia de salud o por la Entidad Administradora de Pensiones correspondiente, en caso de invalidez o muerte, cuando se reúnan los requisitos para ello.

1. El caso concreto

De acuerdo con la aludida normativa y jurisprudencia, considera la Sala que deberá confirmarse parcialmente la sentencia de primera instancia venida en impugnación, puesto que se advierte que la accionante sufrió una lesión de origen laboral que debe ser tratada por la ARL accionada.

Conforme el acervo probatorio el 22-02-2017 el médico interdisciplinario de la ARL calificó como de origen laboral el trauma que sufrió el accionante, denominada *“(…) S208 TRAUMA CERRADO DE TORAX, S420 – FRACTURA DE CLAVICULA Y OMOPLATO DERECHO, S400 – CONTUSION EN MUSLO DERECHO (…)”.*

Según la ARL Positiva Compañía de Seguros SA ya autorizó y brindó el servicio de salud requerido por el accionante mediante sendas consultas con especialista en ortopedia realizadas los días 17-03-2019 y 29-03-2017 (Folios 20 a 22 y 38 a 40, cuaderno No.1); ahora, revisado el acervo probatorio, halla la Sala que no solo se le ha atendido por los especialistas sino también que se está ejecutando el plan de manejo de rehabilitación de su lesión con fisioterapias y con el medicamento *“diclofenaco sódico”* (Folios 4 a 8, este cuaderno).

Sin embargo, no concibe la Corporación que aquellas diligencias sean suficientes para suplir la cirugía dispuesta por el médico que lo atendió en *“urgencias”* (Folios 4 a 9, cuaderno No1); es cierto que se trata de una orden en atención particular, pero también lo es que es inexistente concepto medico científico de especialista de la ARL en el que se haya concluido innecesaria la intervención quirúrgica; la accionada ni en la respuesta, ni en la impugnación tuvo a bien acercar ese documento.

Esa situación se acompasa con los criterios que la CC[[9]](#footnote-9) ha establecido para que a una EPS se le pueda anteponer una orden médica dispuesta en atención particular, que para la Sala es aplicable también respecto de las ARL dado que se pregona del servicio de salud que aquí se exige. Se itera, la valoración que se hizo por parte de los especialistas de la ARL, en ninguno de sus apartes refiere que no se deba realizar la cirugía, al respecto simplemente guardaron silencio (Folios 4 a 8, ib.).

Así las cosas la supuesta carencia actual de objeto por el hecho superado, es infundada y atenta flagrantemente contra el derecho fundamental a la salud de la accionante, quien requiere de la intervención quirúrgica para corregir las fracturas de su clavícula y omoplato que se causaron en un accidente origen laboraly que le impide cumplir con sus obligaciones en el trabajo.

Estima esta Sala que se han vulnerado los derechos, ya que la entidad accionada, por el hecho de la afiliación, el origen laboral de la enfermedad y hacer parte del sistema que debe garantía del derecho a la salud (Ley 1751); es la encargada de que los servicios se presten con eficiencia, continuidad y calidad, sin que pueda alegarse ningún tipo de exclusión (Artículo 15).

De otro lado, en cuanto al tratamiento integral, conforme a la jurisprudencia constitucional y la Ley estatutaria de la salud, debe proveerse para 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”[[10]](#footnote-10)*.

En este caso, la Sala considera acertada la decisión del *a quo* dirigida a que se brinde el tratamiento integral al accionante, pues la lesión que sufrió no solo requiere del procedimiento quirúrgico, sino también de tratamientos y medicamentos constantes e ininterrumpidos necesarios para que se rehabilite plenamente, además, se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta producto de la invalidez transitoria en que se encuentra, y la accionada nunca justificó por qué se negó a autorizar aquella intervención. Es cierto que se le están realizando terapias al accionante, pero también lo es que se iniciaron con posterioridad a la promoción de la tutela.

Finalmente respecto de las incapacidades médicas que se ordenaron pagar por el juez de primer grado, considera la Sala desafortunada esta determinación, puesto que son inexistentes los hechos vulneradores o amenazantes en este sentido; en el expediente no obra documento alguno que revele la existencia de incapacidades que hayan sido radicadas ante la ARL y menos que se haya negado su pago. En consecuencia, se revocará esta orden.

1. LA CONCLUSIÓN

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores (i) Se confirmará parcialmente la sentencia impugnada, salvo su numeral segundo que se revocará respecto de la orden de pago de incapacidades, y, (ii) Se adicionará un numeral para ordenar que se autorice y practique la cirugía al accionante.

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 29-03-2017 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de esta ciudad.
2. REVOCAR el numeral segundo del mentado fallo respecto de la orden de pagar las incapacidades laborales al accionante.
3. ADICIONAR un numeral para ORDENAR, al presidente de la Compañía de Seguros Positiva SA, doctor Álvaro Hernán Vélez Milán, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice y realice los trámites tendientes a que se practique al señor Eliécer Grajales Grisales el procedimiento de “*REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA CON FIJACIÓN INTERNA (DISPOSITIVOS DE FIJACIÓN U OSTEOSÍNTESIS) DE CLAVÍCULA”*.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la CC 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

1. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-760 del 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-804 de 2013. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 5º del Decreto 1295 de 1994. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 6º ídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-142 de 2008, reiterada en las T-208 de 2010, T-777 de 2011 y T-339 de 2012, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-545 de 2014. Los eventos en los cuales el criterio del médico particular es vinculante y obligatorio son: “*a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica. b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio. c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.”*  [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-039 de 2013. [↑](#footnote-ref-10)