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

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : Humberto Soto Ocampo

Agente oficiosa : Carolina Rivera Soto

Accionado : Nueva EPS SA y otros

Radicación : 66682-31-03-001-2020-00200-01

Despacho de origen : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 38 de 27-01-2021

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / AUSENCIA FÁCTICA / INEXISTENCIA DE ACCIÓN VULNERADORA / LA EPS NO HA PRESCRITO LOS SERVICIOS MÈDICOS E INSUMOS RECLAMADOS.**

De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión”.

Tesis vigente y compartida por la CSJ (2019), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: “(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”

Acorde con los fundamentos jurisprudenciales y lo probado en el asunto, se confirmará la sentencia desestimatoria, mas, porque para esta Colegiatura el amparo es improcedente por la evidente ausencia de la conducta reprochable endilgada a la accionada (Acción u omisión).

En efecto, revisado el acervo probatorio, advierte la Sala que el interesado no ha gestionado ante la EPS el servicio de enfermería ni el suministro de pañales desechables; además, la historia clínica arrimada da cuenta de que el 03-11-2020 le dieron de alta y puede continuar manejo ambulatorio de la “(…) DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DE COMIENEZ (…)”, sin que el médico tratante dispusiera necesario el suministro de los insumos sanitarios ni la asistencia médica en casa…

Así las cosas, es irrefutable que a la encausada se le imputa el supuesto agravio o amenaza del derecho a la salud con ocasión de hechos inexistentes. No ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los servicios requeridos.

# 

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0013-2021**

Pereira, R., veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021).

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informó que el actor tiene 67 años y padece de *“(…) DELIRIUM MIXTO, PARKINSONISMO, DEMENCIA EN ENFERMEDAD DE ALZHEIMER (…)”* y *“(…) ENFERMEDAD SUSTANCIA BLANCA MICROANGIOPÁTICA (…)”*; no controla esfínteres, entre otras secuelas propias de sus enfermedades; lo cuidan dos hermanas adultas mayores; y, carece de capacidad económica para costear pañales y el servicio de un auxiliar de enfermería (Cuaderno No. 1, documento No. 02).

1. **El derecho invocado y su protección**

El de la Salud. Se solicitó ordenar a la accionada autorizar el servicio de auxiliar

de enfermería domiciliario y entregar los pañales requeridos mensualmente (Cuaderno No. 1, documento No. 02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

La *a quo* con auto del 23-11-2020 admitió la tutela y decretó pruebas (Cuaderno No. 1, documento No. 05), el 02-12-2020 profirió la sentencia (Cuaderno No. 1, documento No. 11); y, el 10-12-2020 concedió la impugnación (Cuaderno No. 1, documento No. 14).

El fallo negó el amparo porque el actor pretirió acreditar los presupuestos jurisprudenciales de la CC (T-120 de 2017 y T-423 de 2019, entre otras): (i) Es inexistente prescripción médica sobre el suministro de pañales, la historia clínica carece de la mención de que no controla esfínteres y tiene capacidad económica ($2.500.000 mensuales de pensión); y, (ii) Tampoco obra concepto técnico sobre la necesidad de que se le brinde asistencia domiciliaria ni que los cuidados que se exigen tengan relación con sus patologías, es decir, que difieran de los básicos que le corresponde brindar al núcleo familiar (Cuaderno No. 1, documento No. 11).

La agente oficiosa alega que la *a quo*, pese a que se aplicó el criterio constitucional, *“(…) falla negando las pretensiones de la acción, se mantiene la conculcación de los derechos de mi representado, no se materializa el preámbulo Constitucional y se quebranta el principio de la igualdad (…)”*. Pide amparar los derechos (Cuaderno No. 1, documento No. 13).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional*: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, según la impugnación del accionante?
   3. *Los presupuestos de procedencia*
      1. *La legitimación en la causa*. Por activa, el actor por estar afiliado a la EPS accionada, en el régimen contributivo (Cuaderno No. 1, documento No. 08); la señora Carolina Rivera Soto puede agenciarlo (Legitimada para representarlo) porque el actor padece de enfermedades que le impiden hacerlo por su propia cuenta[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2) (Cuaderno No. 1, documento No. 03). En el extremo pasivo, la Nueva EPS SA por ser la afiliadora que le compete brindar y garantizar el servicio de salud (Ley 1751).
      2. La inexistencia de acción u omisión. De vieja data la CC[[3]](#footnote-3) en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*…

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela**. (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[4]](#footnote-4) (2019), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*; así razonó cuando advirtió que el despacho judicial, previo a la presentación de la tutela, resolvió sobre la admisibilidad de una acción popular. Se cuestionaba la mora judicial.

En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente. Criterio que aplica en amparos contra despachos judiciales.

1. **El caso concreto analizado**

Acorde con los fundamentos jurisprudenciales y lo probado en el asunto, se confirmará la sentencia desestimatoria, mas, porque para esta Colegiatura el amparo es improcedente por la evidente ausencia de la conducta reprochable endilgada a la accionada (Acción u omisión).

En efecto, revisado el acervo probatorio, advierte la Sala que el interesado no ha gestionado ante la EPS el servicio de enfermería ni el suministro de pañales desechables; además, la historia clínica arrimada da cuenta de que el 03-11-2020 le dieron de alta y puede continuar manejo ambulatorio de la *“(…) DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, DE COMIENEZ (…)”*, *sin que el médico tratante dispusiera necesario el suministro* de los insumos sanitarios ni la asistencia médica en casa (Cuaderno No. 1, documento No. 03).

Así las cosas, es irrefutable que a la encausada se le imputa el supuesto agravio o amenaza del derecho a la salud con ocasión de hechos inexistentes. No ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los servicios requeridos.

Semejante análisis hace la CSJ, en reciente decisión (2020)[[5]](#footnote-5): *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”.*

Pese a lo anotado, debe relievarse que le asistió razón a la juzgadora de primer grado al razonar que la falta de prescripciones médicas y de prueba sobre el no control de esfínteres impedía concluir la trasgresión del derecho a la salud; empero, como se anotó, la ausencia de acciones u omisiones conlleva declarar la improcedencia del amparo, por lo tanto, era innecesario que analizara de fondo el asunto.

Reconoce la Colegiatura que el interesado es una persona de especial protección constitucional, sin embargo, su condición no lo exonera del deber mínimo de acudir ante la EPS y requerir que le brinde las asistencias médicas antes de ejercitar una acción constitucional basada en actuaciones inexistentes de la entidad.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. MODIFICAR el numeral primero de la sentencia emitida el 02-12-2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal y, en su lugar, DECLARAR improcedente la tutela, por ausencia fáctica.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

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

1. CC. T-310 de 2016 reiteró criterio jurisprudencial añejo (T-514 de 2006) en el sentido que: *“Se presume la incapacidad para acudir directamente a la jurisdicción cuando una persona padece de una enfermedad catastrófica. Concretamente en casos, en los que la persona que solicita la tutela de sus derechos a la vida y a la salud, por medio de agente oficioso, padece cáncer y está en tratamiento, la jurisprudencia ha presumido su incapacidad para defenderse por sí misma, en razón al alto impacto que tienen los tratamientos actualmente existentes en la integridad física y psicológica de toda persona”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Sala Civil. Sentencia CSJ STC del 13-12-2011, radicado No. 00284-02; reiterada en las STC5313-2015, STC5520-2015, STC2344-2016, STC7337-2017, STC8971-2018 y STC15937-2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ.STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019, también pueden consultarse la sentencia del 30-07-2020, MP: Quiroz M., No. 11001-02-03-000-2020-01432-00. [↑](#footnote-ref-5)