



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE**

Sentencia n.º 84

Palmira, Valle del Cauca, agosto veinte (20) de dos mil veinte (2020).

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	Luz Dary Cáceres de Perafán
Accionado(s):	Hospital Raúl Orejuela Bueno - Dr. Jorge Alexander Linares y Dr. Alberto Kabalán
Radicado:	76-520-40-03-002-2020-00185-00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, identificada con cedula de número 31.163.068, actuando en causa propia, contra el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO, Dr. JORGE ALEXANDER LINARES y Dr. ALBERTO KABALAN, por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales de petición, salud, vida, e integridad personal.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Señala la accionante que pertenece al régimen subsidiado de la E.P.S. Emsanar, nivel 1, cuenta con 57 años de edad, refiere, que para el mes de diciembre de 2019 ingresó al Hospital Raúl Orejuela Bueno, para realizar procedimiento "COLELITIASIS por LAPARATOMIA", el cual, no se llevó a cabo por presentar "Síndrome Adherencial muy severo con vesícula imposible de abordar", dándole de alta por control de consulta externa el 14 de enero de 2020, a fin de ser programada nuevamente para dicha cirugía, situación que hasta la fecha no se ha materializado, ni mucho menos se le ha prescrito un tratamiento para aminorar sus padecimientos, máxime cuando se encuentran pendientes una serie de procedimientos y exámenes de los cuales se ha hecho caso omiso.

Igualmente, alega que la prestación del servicio de Salud que le brindaron los galenos adscritos al Hospital Raúl Orejuela Bueno, fue negligente e imprudente sin acatar los protocolos establecidos para su patología, causándole afectaciones graves a su estado actual de salud, como lo es, la pérdida de su tranquilidad, ausencia de sueño, fuertes dolores, situación que tampoco le ha permitido laborar, causándole una afectación a su humanidad.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ampare sus derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene al HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO, y a los médicos

JORGE ALEXANDER LINARES y KABALAN ALBERTO cirujanos generales y/o quien corresponda, suministre el tratamiento, procedimiento, posoperatorios, terapias y medicamento necesarios para su pronta recuperación. Además, solicita se le indemnice por las afectaciones a su salud, en razón a la negligencia, omisión y displicencia del personal médico y del hospital al haber causado daño a órganos como hígado, riñones entre otros, como también se le reconozca económicamente todo el tiempo que ha dejado de laborar desde el mes de diciembre de 2019 hasta que se lleve a cabo su tratamiento y pos operatorio. Por último, pide ser valorada por institución diferente al hospital RAÚL OREJUELA BUENO y de los especialistas en referencia.

3. Trámite impartido.

El despacho mediante proveído 900 del 6 de agosto de 2020, procedió a su admisión, ordenando la vinculación de las entidades: EMSSANAR SAS; SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES, así mismo, se dispuso la notificación del ente accionado y vinculados, para que previo traslado del escrito de tutela se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa en el término de tres (3) días, comunicándose por el medio más expedito.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con la demanda las siguientes:

- Cedula de ciudadanía LUZ DARY CÁCERES DE PERAFÁN
- Historia Clínica
- Orden médica.

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

La Jefe de Oficina Asesora Jurídica del Hospital Raúl Orejuela Bueno, informa que la situación presentada con la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, se trata de un tema médico quirúrgico complejo, razón por la cual y con la orientación de la Subdirección científica se ilustra el procedimiento ordenado a la paciente y sus posibles complicaciones. Seguidamente se afirma que a la accionante se le practicó la "COLECISTECTOMÍA" por presentar un diagnóstico de "COLELITIASIS SINTOMÁTICA", ante la cual respetando todos los protocolos por los médicos encargados del caso, como lo es el Dr. JHON ALEXANDER LINARES, especialista en cirugía y laparoscopia con más de 30 años de experiencia se le realizó procedimiento LAPAROTOMÍA POR INCISIÓN SUBCOSTAL DERECHA, que es la táctica normal en esta clase de patología, debiéndose tener en cuenta que la usuaria tenía antecedentes de varias cirugías abdominales incluida una esplenectomía parcial relacionado con trauma cerrado de abdomen. Dentro del procedimiento quirúrgico, en un concepto particular del caso médico, al abrir la cavidad peritoneal se percató que la paciente tenía gran cantidad de adherencias en el abdomen, no obstante al llegar a la zona del hígado y área subhepática, se encontraron adherencias muy fuertes, densas y sin plano de clivaje, es decir que tal circunstancia, impedía en forma segura el acceso de forma segura a la fosa vesicular, el colón estaba fuertemente adherido al hígado y localizado tapando completamente al lecho vesicular, haciendo imposible siquiera ver la vesícula, dichas adherencias eran tan firmes que para entrar en el área de la vesícula era necesario seccionar sobre el

hígado para no lesionar el colon y el hígado, según el médico, las implicaciones y los riesgos eran muy altos.

Aduce que el Hospital accionado, jamás ha abandonado a la paciente, pues la historia clínica da fe de los múltiples estudios y procedimientos realizados antes, durante y posteriormente a la cirugía, siendo valorada por el cirujano ALBERTO KALABAN el 16 de enero de 2020 y por el medico anesthesiologo FELIPE ROMERO, el día 6 de marzo de esta anualidad, sin embargo el 14 de marzo del mismo año, se decretó la emergencia sanitaria en ocasión a la pandemia Covid 19, donde de acuerdo al art. 77 del plan de acción para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación del Covid-19 emitido por el Ministerio de Salud se reguló la restricción a la programación de cirugías y procedimientos no urgentes a fin de liberar capacidad instalada desde la segunda fase, suspender las cirugías no urgentes, que no tengan grave afectación o riesgo sobre la vida o complicaciones de las patologías de las personas. Los efectos de dicha liberación se ven reflejados en disponibilidad de consultorios, camas hospitalarias, talento humano en salud y disponibilidad de insumos para la atención de la pandemia. Por ello, teniendo en cuenta que, el procedimiento pendiente por realizar a la paciente no se encuentra dentro de las determinadas urgentes, sin embargo estarán atentos a lo que el administrador de justicia disponga, no sin antes advertir que la señora CÁCERES DE PERAFAN, presenta dos comorbidades que hacen de ella una persona de gran riesgo para complicaciones en el evento si llegase a adquirir el Covid19 como son, hipertensión e hipotiroidismo no controlado. Según la literatura médica, es posible que pueda prevenir los ataques de cálculos biliares si la paciente se mantiene cerca de un peso saludable, alimentándose en forma equilibrada y haciendo ejercicio regularmente, por lo esgrimido, solicita su desvinculación habida cuenta que su representada no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

El Dr. JORGE ALEXANDER LINARES, en su calidad de cirujano General del Hospital Raúl Orejuela Bueno de Palmira, Valle, asegura que, para el 23 de diciembre de 2019, la accionante se encontraba hospitalizada, quien había sido programada por urgencia para cirugía por tener Colelitiasis Sintomática, al realizar laparotomía por incisión subcostal derecha, se constató que, la paciente había tenido previamente cirugías abdominales incluido una esplenectomía parcial relacionada con trauma cerrado de abdomen. Refiere que, al abrir la cavidad peritoneal se asombró de ver gran cantidad de adherencias en el abdomen, sin embargo continuó el procedimiento hasta que encontró adherencias muy fuertes que no permiten el acceso en forma segura a la fosa vesicular, haciendo imposible ver la vesícula, siendo necesario seccionar en el hígado para no afectar el colón.

Afirma se debe tener conocimiento anatómico y tener familiaridad con la presencia de adherencias, en una cavidad peritoneal después de otras cirugías para comprender las complicaciones y los riesgos en un procedimiento de estas características. Afirma, siendo un cirujano de 30 años, se intentó encontrar el acceso a la vesícula, sin ser posible, podría estudiarse la extirpación de la vesícula, pero al posible costo de muchos daños en las vísceras adyacentes, colon, hígado, intestino delgado, duodeno y posibles complicaciones postoperatorias graves. Asumió se trataba de una vesícula escleroatrófica, la cual no causaría más problemas que dolor intermitente y esporádico el cual podía ser manejado sintomáticamente. Por último manifiesta que, si la paciente se empeña en ser operada, debe estar consciente de la magnitud de riesgos y complicaciones que ello conlleva y recomienda que sea programada con dos (2) cirujanos presentes, además de indicar que él después de

haberla intervenido la primera vez, no tendría inconveniente en hacerlo en una segunda oportunidad.

La abogada de la empresa EMSSANAR EPS-S, expone que la accionante se encuentra afiliada a dicha entidad en el régimen subsidiado en estado activo, y se le ha venido garantizando plenamente los servicios del Plan de Beneficios de Salud y las actividades de promoción y prevención, cumpliendo de esta manera con su carga legal y reglamentaria. Con relación a las pretensiones del amparo constitucional, manifiesta que están dirigidas al a IPS Hospital Raúl Orejuela Bueno y a los profesionales médicos adscritos, por lo tanto la entidad que representa carece de legitimación en la causa por pasiva. Frente a la solicitud establecida en el numeral QUINTO, en la que solicita sea valorada por una entidad hospitalaria diferente, asegura que fue autorizada valoración por medicina especializada en cirugía general para el día 18 de agosto de 2020 a las 12:30 m., con la Dra. Jessica Correa Marín en el consultorio de medicina interna de la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, por lo que se presenta, una carencia actual de objeto por hecho superado.

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud -ADRES-, luego de citar la normatividad que regula la materia, asevera que, la supuesta vulneración de derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a dicha entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva. Sin perjuicio de lo anterior, asevera que, es función de la E.P.S la prestación oportuna e integral de los servicios de salud, para lo cual, pueden conformar libremente su red de prestadores, pero en ningún caso dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que se pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios en salud a cargo de la UPC, razón por la cual ruega se niegue la presente acción pública constitucional por cuanto se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva. Igualmente, menciona que frente a las pretensiones de reembolso del valor de gastos que realice las EPS, la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de las Resoluciones 205 y 206 del 2020 proferidas por el Ministerio de Salud, se fijaron presupuestos máximos para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la UPC, ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de la ley 1751 de 2015, por lo que asegura que la nueva normativa fijo la metodología y los montos por los cuales los requerimientos médicos que anteriormente eran objeto de recobro ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por consiguiente los recursos de salud se giran antes de la prestación de servicios de la misma forma cómo funciona la UPC.

La Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, solicita declarar improcedente la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva, por no ser generadora de vulneración de los derechos invocados por la accionante, teniendo en cuenta, que de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011, modificado por el Decreto 2562 de 2012, dicho Ministerio es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, que actúa como ente rector en materia de salud, correspondiéndole la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema

General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, de donde se deriva que en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud.

La Jefe de Oficina de Asesoría Jurídica de la Secretaría Departamental de Salud, afirma que, la accionante se encuentra activa ante desde el 1 de octubre de 2013, en el Régimen subsidiado como madre cabeza de familia, solicita desvincular al Departamento del Valle - Secretaria Departamental de Salud, al no existir de parte del ente territorial violación alguna frente a los derechos a tutelar a favor de la accionante y carecer de competencia, frente al suministro y pago de los servicios y tecnologías NO PBS (antes NO POS) de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1955 DE 2019. Respecto de la responsabilidad médica en este asunto, por parte del Hospital Raúl Orejuela Bueno, como de los profesionales en medicina, así como el tema de las indemnizaciones solicitadas la acción de tutela, alega que no es el medio idóneo correspondiendo a la jurisdicción ordinaria determinar responsabilidad en tal sentido.

La Secretaria de Salud Municipal de Palmira, manifiesta que dicha dependencia tiene como función ejercer la inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio de salud al aseguramiento y es a todos los niveles I, II, III y alto costo. En este caso, la tutelante se encuentra afiliada a EMSSANAR EPS, entidad que le corresponde autorizar y gestionar la prestación del servicio con su red de IPS contratada dentro de los parámetros de la ley, por lo que implora su desvinculación.

III. Consideraciones

a. Procedencia de la acción

Como condición previa es necesario examinar si se dan en el caso bajo estudio los presupuestos procesales para dictar el fallo.

Competencia

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991, artículo 37, reglamentado por el Decreto 1983 de 2017, artículo 1º, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

Legitimación de las partes:

En el presente caso, la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, presentó la acción de amparo en nombre propio con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, razón por la cual se estima legitimada para actuar en el presente proceso (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

De otro lado, acción está dirigida en contra del HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO, por lo que, al tratarse de entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social, a la que presuntamente se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en su contra.

Inmediatez

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta *"en todo momento y lugar"*. No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que *"La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros"*.

Este Despacho considera que el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho en el caso objeto de estudio, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un tiempo razonable y prudente.

Subsidiariedad:

El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política. A su turno, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 dispuso que la solicitud de amparo será improcedente *"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. De antaño, la jurisprudencia de la Corporación Constitucional ha destacado la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela como un mecanismo constitucional contemplado para dar una solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no tiene contemplado otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a fin de obtener la correspondiente protección del derecho¹.

A su turno, resulta menester destacar el pronunciamiento jurisprudencial contenido en la sentencia C-590 de 2005, según el cual, constituye un deber del tutelante: *"(...) desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última² (...)"*

La improcedencia de la tutela para definir derechos litigiosos de contenido económico.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional³ ha sido enfática en sostener, que el pago de obligaciones originadas en relaciones contractuales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, dada la naturaleza particular del amparo constitucional. Con todo, si bien es cierto que se ha admitido la procedencia de la acción de tutela en algunos casos de naturaleza contractual, ello ha sido excepcional y sustentado en la falta de idoneidad del medio ordinario de defensa o en la existencia de un perjuicio irremediable, sobre la base de circunstancias específicas y directas en cada caso. Lo anterior excluye entonces un amparo constitucional masivo en estas materias⁴,

¹ T-543 de 1992.

² C-590 de 2005.

³ Ver sentencias T-071 de 2002 ; T-886 de 2000 ; T-061 de 1999 y T-1121 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁴ Sentencia T-994 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

especialmente si no existe acreditación de la improcedencia del medio de defensa judicial alternativo o del perjuicio irremediable. En cuanto a los debates que surgen en la esfera de los contratos y las obligaciones que se derivan de ellos, en la sentencia T-164 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), sostuvo que los conflictos surgidos de un contrato, no son objeto de acción de tutela. Dijo la Corte al respecto, que: *"(...) la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre las leyes y sobre los contratos, pues la libertad contractual también está gobernada por el marco axiológico del Estatuto Superior, motivo por el cual el ejercicio de esa libertad no puede conducir a la arbitrariedad. "Empero, no significa lo anterior que los derechos surgidos de un contrato adquieran el carácter de constitucionales fundamentales y que los conflictos contractuales sean de naturaleza constitucional. Así lo ha entendido la Corte al indicar que "el derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones o garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido".*⁵ (Subrayas fuera del original).

En la sentencia T-528 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se señaló también que no le compete al juez constitucional definir derechos litigiosos por vía de amparo, al precisar que: *"[Ha] sido clara la jurisprudencia de la Corporación al indicar que los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen la virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal."* Por estas razones, la Corte Constitucional⁶ ha considerado que el escenario propicio para resolver las diferencias suscitadas con motivo del cumplimiento o incumplimiento de un contrato o para definir derechos litigiosos de contenido económico, es el de las acciones ordinarias y no así la acción de tutela⁷.

b. Problema jurídico.

Corresponde a esta instancia determinar si: ¿la acción de tutela presentada por la ciudadana LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN contra el HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO, Dr. JORGE ALEXANDER LINARES y Dr. ALBERTO KABALAN, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela?

c. Tesis del despacho

El despacho considera que el presente amparo constitucional se torna en improcedente frente a las pretensiones de pago y/o indemnizaciones por cuanto la accionante cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales.

No obstante, resulta procedente tutelar el derecho a la salud, vida y dignidad humana de la actora en lo referente a ordenar a la EPS EMSSANAR, la cita de valoración en la especialidad de cirugía general con relación al diagnóstico "COLELITIASIS SINTOMÁTICA", ordenada por su galeno tratante, a fin de que sea un profesional en medicina, quien dictamine la pertinencia de los procedimientos, medicamentos y tratamientos aplicables, teniendo en cuenta la Resolución 521 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que define la atención ambulatoria para pacientes con comorbilidades de riesgo para el contagio de Covid19.

⁵ Sentencia T-242 de 1993.

⁶ Ver entre otras las Sentencia T-23 de 1996; T-340 de 1997; T-080 de 1998 y la SU-091 de 2000.

⁷ Cfr. Sentencia T-1121 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

d. Fundamentos jurisprudenciales

Derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional⁸.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado. En principio, *"(...) se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos⁹. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar "a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución (...)"^{10,11}*

Mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"(...) en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna (...)"¹²* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹³, en su artículo 2º reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad. La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

e. Caso concreto:

En el presente caso, la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, solicita que el ente accionado suministre el tratamiento, procedimiento, posoperatorios, terapias y medicamento necesarios para su pronta recuperación. Además, de la indemnización por las afectaciones a su salud, en razón a la negligencia, omisión y displicencia del personal médico y del hospital al haber causado daño a órganos como hígado, riñones entre otros, se le reconozca económicamente todo el tiempo que ha dejado de laborar desde el mes de diciembre de 2019 hasta que se lleve a cabo su tratamiento y pos operatorio. Por último, pide ser valorada por institución diferente al hospital RAUL OREJUELA BUENO y de los especialistas en referencia.

Por lo anterior delantamente es de advertir, que en el presente caso la accionante tenía la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para controvertir las

⁸ Sentencia T-499 de 2014.

⁹ T-082 de 2015.

¹⁰ Sentencia T-016 de 2007.

¹¹ Sentencia T-081 de 2016.

¹² Sentencia T-920 de 2013.

¹³ "Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones."

afectaciones generadas con las aparentes irregularidades en el procedimiento médico practicado a fin de establecer la responsabilidad del Hospital Raúl Orejuela Bueno y de los médicos denunciados por dicha actuación. De allí que aunque el debate se inició bajo el alegato de una presunta vulneración de derechos fundamentales, ciertamente en su conjunto tal violación respondía básicamente a un asunto contractual que significaba en últimas, el cumplimiento o incumplimiento entre las partes. Dado que la controversia era de ese carácter, la acción de tutela resulta en todo caso improcedente en esta oportunidad, pues la tutela no es el medio para definir litigios de esa naturaleza, sin perjuicio de incurrir en la intromisión de funciones judiciales que no le han sido asignadas (C.P., art. 86 y 121) definiendo responsabilidades que no han sido debatidas. Por ende, no es suficiente que se alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental¹⁴ para que se legitime automáticamente la procedencia de ese mecanismo constitucional, puesto que la tutela no puede *utilizarse arbitrariamente*, en especial si los derechos involucrados en la situación jurídica que se analiza, son objeto de debate legal y de contradicciones jurídicas relevantes entre las partes. Sobre este punto la Corte ha considerado adicionalmente que *"el alcance del amparo constitucional no puede cobijar la definición de controversias jurídicas legalmente reguladas, como serían las atinentes al reconocimiento de los derechos que se deriven de una relación contractual, pues de un lado, estas controversias cuentan en el ordenamiento jurídico con los mecanismos de solución pertinentes y, del otro, su debate no es propiamente constitucional"*¹⁵.

Es de reiterar que la actora, ni siquiera alegó la eventual existencia de un perjuicio irremediable ni aportó prueba al proceso que le permitiera al juez constitucional considerar la existencia de dicho perjuicio a fin de hacer procedente el amparo tutelar de manera transitoria. De hecho, los requisitos de inminencia y urgencia del perjuicio y la consecuente adopción de medidas impostergables, no fueron en este caso comprobados. Sus pretensiones, por lo tanto, estaban fuera del ámbito constitucional y de la competencia de la jurisdicción de tutela, pues ésta no estaba facultada para decidir sobre asuntos eminentemente convencionales que en estricto rigor implicaban un debate contractual, ordenando el pago de sumas de dinero cuyo cuantificación y alcance están evidentemente en entredicho y desconociendo al juez natural a quien compete de manera efectiva resolver de forma clara y definitiva la situación planteada. Así, pues, éste Despacho en esta oportunidad, reafirma la importancia de la subsidiariedad de la acción de tutela, como una forma de incentivar que los ciudadanos acudan oportunamente a las vías judiciales pertinentes y agoten en ese principal escenario judicial los recursos ordinarios y/o extraordinarios a que haya lugar, a fin de lograr la defensa de sus derechos fundamentales dentro del mismo proceso judicial. Por lo tanto, no habiendo sido superado el juicio de procedibilidad por aplicación del principio de subsidiariedad, con relación a las pretensiones de indemnización y/o pagos, no habrá lugar a un pronunciamiento de fondo, y por ende, se declarará la improcedencia frente a aquellas solicitudes por contar la accionante con mecanismos idóneos para obtener la pretensión reclamada.

Ahora con relación a la solicitud del suministro de tratamientos, procedimientos, posoperatorios, terapias y medicamentos necesarios para su pronta recuperación, esta instancia judicial considera que no puede invadir las competencias propias de los profesionales de la salud, en razón a que los profesionales médicos son quienes tienen la idoneidad y las capacidades técnicas especializadas para verificar los requerimientos médicos que requiere la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN.

¹⁴ Sentencia T-1121 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁵ Sentencias T-605 de 1995.

Cabe destacar que, si bien, la EPS EMSSANAR en su contestación asegura que a la paciente se le autorizó cita de valoración por medicina especializada en cirugía general para el día 18 de agosto de 2020 a las 12:30 m., con la Dra. Jessica Correa Marín en el consultorio de medicina interna de la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, lo cierto es que según conversación con la accionante la misma no se materializó.

En suma, se ordenara a la EPS EMSSANAR, autorice, agende y practique a la accionante, cita de valoración en la especialidad de cirugía general con relación al diagnóstico "COLELITIASIS SINTOMÁTICA", ordenada por su galeno tratante con la IPS que contrate para ello, a fin de que sea un profesional en medicina, quien dictamine la pertinencia de los procedimientos, medicamentos y tratamientos aplicables, teniendo en cuenta la Resolución 521 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que define la atención ambulatoria para pacientes con comorbilidades de riesgo para el contagio de Covid19.

Finalmente, al no haberse observado vulneración alguna de derechos por parte de las entidades, SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES, se las desvinculará del presente trámite constitucional.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA -VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal invocados por la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, identificada con cedula de número 31.163.068, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. EMSSANAR, a través de su representante legal y/o quien designen para el efecto, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación del presente fallo, autorice, agende y practique a la señora LUZ DARY CÁCERES DE PERAFAN, identificada con cedula de número 31.163.068, con la IPS que contrate para ello, cita de valoración en la especialidad de cirugía general con relación al diagnóstico "COLELITIASIS SINTOMÁTICA", a fin de que sea un profesional en medicina, quien dictamine la pertinencia de los procedimientos, medicamentos y tratamientos aplicables, teniendo en cuenta la Resolución 521 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que define la atención ambulatoria para pacientes con comorbilidades de riesgo para el contagio de Covid19, sin dilaciones ni trámites administrativos adicionales para ello.

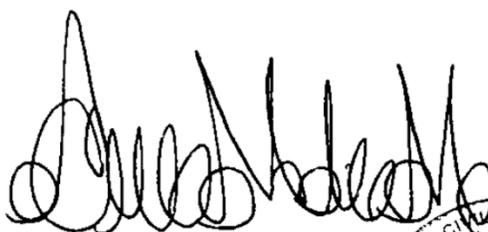
TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE las peticiones indemnizatorias, conforme lo expuesto en el presente proveído.

CUARTO: DESVINCÚLESE a las entidades SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL; SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES.

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

SEXTO: Este fallo de tutela podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato como lo estipula el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser impugnado, se enviará de manera inmediata al Juez Civil del Circuito –Reparto- de esta ciudad. De no ser impugnada la decisión, **REMÍTANSE** estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 íbidem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZA

