



**JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BUCARAMANGA**

Bucaramanga, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2.022)

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO No. 680014105002-2022-00176-00

ACCIONANTE: ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA identificado con C.C 5.657.584

ACCIONADO: UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y EPS AVANZAR FOS

ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en Derecho corresponda respecto a la **Acción de Tutela** instaurada por el señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA**, identificado con C.C 5.657.584, actuando en nombre propio, en contra de **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y EPS AVANZAR FOS**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

HECHOS

Manifestó el accionante que es un adulto mayor de 62 años de edad, que padece un cuadro clínico de enfermedades bastante delicado en el que se destaca *“CALCULO DE CONDUCTO BILIAR; COLELITIASIS; QUISTE HEPÁTICO; VESÍCULA ESCLEROATRÓFICA; AUMENTO DEL VOLUMEN PROSTÁTICO; HERNIA UMBILICAL DE CONTENIDO GRASO; POLIPO PENDICULADO DE COLON IZQUIERDO”*.

Indicó que el día 09 de mayo del 2022, luego de esperar un largo tiempo para la autorización y práctica de múltiples exámenes médicos, asistió a cita médica con

la Dra. Francia Beatriz Ortega Velásquez, quien lo remitió con el especialista en cirugía general.

Señaló que a la fecha y luego de muchos trámites infructuosos ante EPS AVANZAR MÉDICO no ha logrado programar la cita con el cirujano, y por ende tampoco se ha logrado programar la cirugía que con tanta urgencia requiere.

Manifestó que, durante la espera de la programación de la cita con el cirujano, ha tenido que pasar en muchas ocasiones por el servicio de urgencias, donde únicamente han hecho manejo del dolor intenso, cuyos efectos calmantes duran solo 2 días y debe regresar al servicio de urgencias.

Informó que la última visita al servicio de urgencias fue el día 15 de mayo del 2022, y en dicha consulta la Dra. Leini Paola Parada Ramírez realizó una segunda remisión y seguimiento por especialista en cirugía general, sin que a la fecha la EPS haya programado la consulta pese a las múltiples solicitudes realizadas.

PETICIONES

El accionante solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar a las accionadas:

“PRIMERO: *Se amparen los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas en cabeza de ELVER ANTONIO HERNÁNDEZ MEDINA identificado con la CC. 5.657.584*

SEGUNDO: *Que se ordene a la UT Red Integrada FOSCAL-CUB - FONDONACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - EPS AVANZAR prestar una ATENCIÓN INTEGRAL de manera urgente y eficaz a favor de ELVERANTONIO HERNÁNDEZ MEDINA identificado con la CC. 5.657.584, conforme el cuadro clínico de enfermedades de “CALCULO DE CONDUCTOBILIAR; COLELITIASIS; QUISTE HEPÁTICO; VESÍCULA ESCLEROATRÓFICA; AUMENTO DEL VOLUMEN PROSTÁTICO; HERNIA UMBILICAL DE CONTENIDO GRASO; POLIPOPENDICULADO DE COLON IZQUIERDO” y demás patologías que se hayan diagnosticado o se diagnostiquen con ocasión a la atención médica que he recibido, atención médica la cual compone la programación de la cirugía, la entrega de medicamentos, realización de consultas con especialista, toma de exámenes, tratamientos médicos, y todo lo necesario conforme lo ordenado por mi médico tratante sin más trabas administrativas ni burocráticas de algún tipo.*

TERCERO (MEDIDA PROVISIONAL): *que se Ordene a la UT Red Integrada FOSCAL-CUB - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - EPS AVANZAR para que de MANERA INMEDIATA realice los trámites administrativos*

pertinentes a efectos que sea programada la cirugía ordenada el día 09 de mayo del 2022, como también la entrega de medicamentos, realización de consultas con especialista, toma de exámenes, tratamientos médicos, y todo lo necesario para poder estabilizar mi estado de salud.

CUARTO: *Se exonere del pago de cuotas moderadoras, copagos, servicios adicionales no contemplados en el plan básico de salud, o de cualquier rubro u cobro especial que se requiera para la prestación de servicios médicos, atendiendo las condiciones de necesidad en las que me encuentro.*

QUINTO: *todas las medidas que su señoría considere pertinentes, en el presente caso”*

ACTUACIÓN JUDICIAL

Una vez asumido el trámite se admitió la acción de tutela mediante auto de fecha 16 de mayo de 2022, corriéndose traslado a las accionadas a fin de que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación se pronunciaran al respecto.

Contestación de las accionadas.

UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB y EPS AVANZAR FOS, UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar manifestó que la cita con el especialista en cirugía general había sido programada para el día 20 de mayo de 2022 a las 9:40 AM con el Dr. Henry Uscategui, informando que el señor Elver Antonio Hernandez Medina había sido notificado de la fecha y lugar en el que se realizaría la consulta con el especialista; por último, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por hecho superado.

FIDUPREVISORA S.A, actuando calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar alega una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

De la legitimación del Juez de conocimiento para asumir el conocimiento de las diligencias.

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, FOMAG y AVANZAR FOS y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo 1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra estas entidades, siendo este Despacho competente para resolverla, teniendo en cuenta el domicilio de la accionante y el lugar donde está ocurriendo la vulneración de los derechos de los cuales se invoca su protección.

De la legitimación por activa.

En el presente caso concurre el señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA**, actuando en causa propia a solicitar la defensa de sus derechos fundamentales, lo que permite a este Despacho determinar que en efecto se cumple el requisito de la legitimación por activa, al haberse suscitado este mecanismo constitucional por el directo interesado, quien es una persona mayor de edad con capacidad para ello, sin ningún impedimento aparente para ejercer en causa propia la defensa de sus derechos.

De la legitimación por pasiva.

La parte pasiva en el presente trámite se encuentra conformada por UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, FOMAG y EPS AVANZAR FOS, de manera tal que al estar involucradas en la atención de salud del accionante, se encuentran legitimadas por pasiva para conocer de la acción de Tutela que nos

ocupa, en aras de determinar si les asiste responsabilidad respecto de los derechos fundamentales de los cuales invoca su protección la parte actora.

DE LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 del Decreto 2591 de 1991 indica la naturaleza subsidiaria de la acción de Tutela, la cual procede por regla general solo cuando se han agotado los medios legales pertinentes.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en Sentencia C-132 de 2018, con Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ROJAS RIOS:

“El inciso tercero de este artículo consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

(...)

La Corte ha reiterado, entonces, que la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios; sin embargo, existen situaciones en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. Sobre esta materia recientemente la Corporación ha expresado:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).¹

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien

susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²

4.10. Como se observa, desde sus inicios hasta la actualidad la Corte Constitucional ha enseñado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, según sus pronunciamientos a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales llamados ordinarios es posible acudir al medio excepcional previsto en el artículo 86 superior, como ocurre cuando se trata de actos administrativos bien sean éstos subjetivos o de carácter impersonal, siempre y cuando los instrumentos judiciales comunes u ordinarios no cumplan con los criterios de eficacia e idoneidad requeridos para la adecuada protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.”

Así las cosas, al encontrarnos frente al derecho fundamental a la salud, se torna comprensible que la parte actora hubiere acudido de forma primigenia a la acción de Tutela con miras a procurar la defensa de sus derechos fundamentales, ante la falta de autorización y programación de la cita con el especialista en cirugía general, lo cual impide la continuidad de su tratamiento, comprometiendo su salud y su vida.

DE LA INMEDIATEZ EN LA ACCIÓN DE TUTELA

En Sentencia T-246 de 2015 Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ se analiza el criterio de inmediatez en la acción de tutela determinando lo siguiente:

*La Sentencia **SU-961 de 1999**³ dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo...*

A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto⁴. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la

finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

(...)

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual⁵.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.

(...)

*Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala Octava concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “...en algunos casos, **seis (6) meses** podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de **2 años** se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”⁶.*

Visto lo anterior, queda claro para este fallador que la parte actora cumple a cabalidad con el criterio de inmediatez al haberse interpuesto la acción de Tutela dentro de un término prudencial, contando desde de la ocurrencia de la afectación a los derechos fundamentales de los cuales se invoca su protección.

DE LA CARENCIA DE OBJETO EN LA ACCION DE TUTELA

Para abordar esta temática se trae a colación la Sentencia T-038 de 2019 con Magistrado Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, en la cual se señalan las causales para que se dé la carencia actual de objeto en la acción de tutela:

“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”¹. Específicamente, esta figura se materializa a través en las siguientes circunstancias²:

3.1.1. Daño consumado. Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro³. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración⁴ pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria.

3.1.2. Hecho superado. Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante⁵. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocuo cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado⁶.

3.1.3. Acaecimiento de una situación sobreviniente⁷. Se presenta en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviviente, que a diferencia del escenario anterior, no debe tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho.”

DEL DERECHO A LA SALUD DE LA ACCIONANTE

Marco Jurídico Internacional Del Derecho A La Salud

En el ámbito internacional, al Estado colombiano le asiste multiplicidad de obligaciones. Estas se derivan de los siguientes declaraciones y normas internacionales: en principio se encuentra la carta de constitución de la

Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 y en la que se definió la salud como un completo estado de bienestar y el goce al grado máximo como derecho fundamental sin discriminación y se señaló además que su contenido implica la lucha contra la desigualdad, el sano desarrollo de la infancia y una política de estado, que implemente medidas socio-sanitarias, de promoción y protección a la salud.

En segundo lugar, está la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que en su artículo 25 numeral 1, contempla que todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado en alimentación, vivienda, vestido, servicios sociales y de asistencia médica. También planteó que los principios rectores del derecho a la salud son la igualdad y la universalidad.

Asimismo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales, y Culturales (PIDESC), adoptado en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas e integrado a la legislación nacional mediante la Ley 74 de 1968, es la principal herramienta del derecho internacional del derecho fundamental a la salud, pues en dicha Ley estableció los compromisos estatales respecto a esta prerrogativa y se definieron como objetivos; la reducción de mortalidad infantil, el mejoramiento de higiene del trabajo y medio ambiente, la prevención y tratamiento de enfermedades y la asistencia médica y servicios.

En la misma línea se encuentra la Observación General 14 de agosto de 2000, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla el deber de los Estados Partes de garantizar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y establece la interdependencia del derecho a la salud con otros derechos humanos.

Es importante resaltar que en ella se crean para los estados partes tres tipos de obligaciones principalmente: **(i) el respeto**, que implica la abstención por parte del Estado de limitar el acceso universal y equitativo a bienes y servicios en salud; **(ii) la protección**, que consiste en garantizar el acceso igual a servicios previstos por el Estado y por terceros, la provisión de mecanismos judiciales para evitar y reparar las trasgresiones, entre otros y finalmente, **(iii) la satisfacción**, que conlleva el acceso igual a factores determinantes básicos de la salud, la disponibilidad equitativa de servicios en el territorio nacional y la adopción de medidas legislativa.

Marco Jurídico Regional En América Sobre El Derecho A La Salud

En el caso de América, se encuentran los siguientes instrumentos vinculantes para el Estado Colombiano: para comenzar, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en la que reconoce el derecho a la preservación de la salud, acompañado de medidas socio- sanitarias y destaca

dentro de los derechos sociales la salud; en segundo lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, en ella el derecho a la salud se encuentra dentro del marco de compromisos de los Estados Parte de garantizar derechos derivados de las normas económicas, sociales y de educación contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, e igualmente se resalta, el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH, que consagra en su artículo 10 el derecho universal a la salud y establece medidas para su realización por los Estados Partes, con énfasis en la asistencia primaria.

Marco Jurídico Constitucional El Derecho A La Salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Superior y su desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política que señala: *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

La Corte Constitucional ha desarrollado el derecho fundamental a la salud¹ y lo ha definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*². Es decir, este derecho comprende los aspectos biológico y mental del ser humano y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, puesto que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales³.

Es por lo anterior, que la Corte de manera reiterada ha establecido que *“las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad”*⁴.

¹ Ver sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Allí se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Se señaló que son derechos fundamentales: *“(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”*. La tesis del derecho a la salud como fundamental fue recopilada en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y considerablemente reiterada en sentencias como la T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentarías), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-321 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-311 y T-214 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Siva), entre otras.

² Ver sentencia T-355 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

³ Ver sentencia T-311 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-152/14.

Insistente ha sido la jurisprudencia constitucional al establecer que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que necesite, independientemente de si ellos se encuentran o no en el plan de salud o si la entidad a la que corresponde su prestación o suministro cuenta o no con los mecanismos para ello⁵.

En razón a esto, el máximo tribunal constitucional ha establecido cuatro premisas de cuando resulta vulnerado el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico cuando no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud, estas son: **(i)** *la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;* **(ii)** *el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;* **(iii)** *el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;* y **(iv)** *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*

Sentencia Estructural del Derecho a la Salud T-760 de 2008⁶ proferida por la Corte Constitucional

Esta sentencia de Tutela se refirió con suficiente claridad al carácter *ius fundamental* del derecho a la salud, al considerar que se trata de un derecho que garantiza o asegura la dignidad humana y que, por tanto, debe ser concebido como un estado completo de bienestar físico-mental y social del más alto nivel posible dentro de cada Estado, conforme al alcance fijado en los pactos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 de la Constitución.

Sin embargo, a propósito del reconocimiento de la fundamentalidad de ese derecho, también se señaló que ello no significa que todos los aspectos cobijados por éste sean objeto de la acción de tutela, como quiera que los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, que pueden ser limitados conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia constitucional. De modo, que la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.⁷

⁵ Sentencia T-760 de fecha 31 de Julio de 2008. M.P. : MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁶ *Ibidem*.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto); en este caso la Corte señaló que "(...) una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin."

De ahí que en la sentencia T-1182/08⁸ se precisó que, cuando se pretende la inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud, únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Marco Jurídico Legal -Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el Derecho Fundamental a la Salud-

En su artículo 2 esta Ley estableció que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual. Además, señala que este derecho comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Así mismo determina, que el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

Marco Internacional, Constitucional y Jurisprudencial de la Protección de las personas de la tercera Edad

El ordenamiento internacional ha contemplado el cuidado de la vejez como una obligación propia de los Estados constitucionales. Dentro de los instrumentos internacionales que otorgan protección a las personas de la tercera edad, existen algunos que forman parte del llamado bloque de constitucionalidad.

Este es el caso, del **Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo de San Salvador"**, el cual fue firmado en 1988 y ratificado por Colombia a través de la ley 319 de 1996.

Esta normativa, en su artículo 17, establece una responsabilidad progresiva de los Estados en favor de la población de la tercera edad en los siguientes términos:

⁸ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁹ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

“Artículo 17: Protección de los Ancianos Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.”

Asimismo, se encuentra el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, firmado en 1966 y ratificado por Colombia a través de la ley 74 de 1968, instrumento que si bien no alude de forma expresa a los derechos de los adultos mayores, consagra en su artículo 9 *“el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”*, cláusula que ha sido interpretada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expandiendo su alcance, como se verá más adelante.

Por lo anterior, es claro que el Estado colombiano se ha comprometido a adoptar, de manera progresiva, las disposiciones y mecanismos necesarios para satisfacer las prerrogativas constitucionales, entre ellos el de una calidad de vida en condiciones dignas, que trae implícito su acceso efectivo al derecho a la seguridad social en salud.

En segundo lugar, la **Constitución Política en su artículo 46** consagra que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y **la asistencia de las personas de la tercera edad** y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Al respecto la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la constitución de 1991 plasmó el principio de solidaridad como elemento esencial del estado social del derecho y es claro que este principio le impone al Estado y a la Sociedad la satisfacción plena de los derechos fundamentales de todo el conglomerado, pero en especial de aquellas **grupos de personas en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta**, por lo que debe privilegiarse su amparo, ellos son las mujeres cabeza de familia (art. 43), los menores de edad (art. 44 y 45), los discapacitados (art. 47) y **los ancianos (art. 46)**, entre otros.

Claro ejemplo de lo anterior, es el fallo de tutela T-447 de 2014¹⁰, en el que el Tribunal Constitucional reiteró que las **personas de la tercera edad son un grupo de personas que gozan de especial protección reforzada**, y expresó lo siguiente:

“Al respecto, la Corte ha manifestado que los **adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud**. Ésta última se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias asociadas a la etapa de desarrollo en que se encuentran.

De acuerdo con lo anterior, el Estado debe proteger a estas personas en razón a que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a *“afrentar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”*.

Como resultado de lo anterior, esta Corporación ha considerado que el **derecho a la salud de este grupo de personas es un derecho fundamental autónomo**, es decir, adquiere este carácter por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

Al respecto esta Corporación ha señalado que *“es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”*. (Negrilla fuera de texto original)

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, el señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA**, acude a la presente acción constitucional con el objetivo de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas y se ordene a las accionadas autorizar y programar la cirugía ordenada por su médico tratante, así mismo, solicita la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos y atención medica integral para las patologías que padece.

Por su parte, las accionadas **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB y AVANZAR FOS**, emitieron pronunciamiento al respecto, mediante el cual

manifestaron que la cita con el especialista en cirugía general había sido programada para el día 20 de mayo de 2022 a las 9:40 AM con el Dr. Henry Uscategui, informando que el señor Elver Antonio Hernández Medina había sido notificado de la fecha y lugar en el que se realizaría la consulta con el especialista, razón por la cual solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por hecho superado.

Es así, que en aras de corroborar esta información y establecer si se había programado y realizado la consulta, se procedió a entablar comunicación con el accionante al abonado telefónico 3224472017, en donde el señor ELVER ANTONIO HERNÁNDEZ MEDINA, informó que el día 20 de mayo de 2022, acudió a la consulta con el especialista en cirugía, así mismo, indicó que estando allí le fue expedida orden médica para la práctica de los procedimientos quirúrgicos denominados **HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA** y **COLECISTECTOMIA POR LAPARASCOPIA** y de los exámenes requeridos para llevar a cabo dichas intervenciones quirúrgicas, sin embargo, no se ha fijado fecha para llevar a cabo los procedimientos médicos que requiere con urgencia.

Siendo así, una vez analizado en detalle el expediente considera este Juzgador que no le asiste razón a las accionadas **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y **AVANZAR FOS**, al solicitar la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que, si bien se dio cumplimiento a la medida provisional ordenada mediante auto de fecha 16 de mayo de 2022, al programar y llevar a cabo la consulta con el especialista en cirugía general, a la presente fecha no se han suministrado los servicios de salud ordenados en consulta de fecha 20 de mayo de 2022, luego persiste el riesgo de incumplimiento de parte de **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y **AVANZAR FOS**, frente a ese puntual servicio, de manera tal que, en procura de la defensa de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del afiliado, se procederá a ordenar a **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y **EPS AVANZAR FOS**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a realizar todos los trámites administrativos tendientes a autorizar y materializar la práctica de los procedimientos quirúrgicos denominados **HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA** y **COLECISTECTOMIA POR LAPARASCOPIA** ordenados a favor del señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA** identificado con C.C. 5.657.584; recordándole que su responsabilidad no acaba con la autorización de un procedimiento médico, ya que debe garantizar que las IPSS realicen en debida forma lo ordenado.

Respecto a la solicitud de exoneración de cuotas moderadoras y copagos, considera el Despacho que no procede a favor del accionante, ya que este simplemente se limitó a realizar la petición y no allegó elementos probatorios que permitan demostrar siquiera sumariamente la afectación a su mínimo vital.

De otra parte, en relación a la petición de la parte actora de una orden de tratamiento integral, considera este Juzgador que tal solicitud no resulta procedente, puesto que no puede este Despacho reconocer una prestación general e incierta de servicios médicos de manera indeterminada y para hechos futuros que aún no han acaecido, además, es claro que al juez le está vedada la posibilidad de reconocer mediante órdenes judiciales prestaciones futuras e inciertas; porque de hacerlo caería en el campo de la arbitrariedad y se traspasaría la barrera de lo cierto y lo real.

Por último, se desvinculará de la presente acción de tutela a **FIDUPREVISORA S.A.**, quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no es la entidad encargada de garantizar el servicio de salud al accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA** identificado con C.C. 5.657.584; de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y **EPS AVANZAR FOS**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a realizar todos los trámites administrativos tendientes a autorizar y materializar la práctica de los procedimientos quirúrgicos denominados **HERNIORRAFIA UMBILICAL VIA ABIERTA** y **COLECISTECTOMIA POR LAPARASCOPIA** ordenados a favor del señor **ELVER ANTONIO HERNANDEZ MEDINA** identificado con C.C. 5.657.584; recordándole que su responsabilidad no acaba con la autorización de un procedimiento médico, ya que debe garantizar que las IPSS realicen en debida forma lo ordenado.

TERCERO: NEGAR la solicitud de exoneración de cuotas moderadoras y copagos, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: NEGAR la garantía de un tratamiento integral de salud conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: DESVINCULAR a **FIDUPREVISORA S.A.**, quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia al tutelante en forma personal y en su defecto a más tardar el día siguiente mediante oficio; y a los entes accionados a más tardar al día siguiente mediante oficio, y si no es impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El juez,

**CRISTIAN ALEXANDER GARZON DIAZ
JUEZ**

Firmado Por:

**Cristian Alexander Garzon Diaz
Juez
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 02
Bucaramanga - Santander**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1a1800c302f41b0334ddbadebb5724a328ca5720855da11b4c9021e6e3c72af3

Documento generado en 27/05/2022 10:56:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>