

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
Ibagué, julio siete (7) de dos mil veinte (2020).

RADICACIÓN: 73001-40-03-003-2020-00102-01

ACCIONANTE: ESMIREY LAGUNA PÉREZ

ACCIONADO: UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA E.P.S.

VINCULADOS: CLÍNICA TOLIMA, SECRETARÍA DE SALUD DEL TOLIMA,
FIDUPREVISORA S.A. Y GOBERNACIÓN DEL TOLIMA.

ACCIÓN: TUTELA

PROVIDENCIA: FALLO 2ª INSTANCIA

Procede el despacho a decidir la impugnación en contra de la sentencia de tutela calendada el veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Tercero Municipal de Ibagué, promueve la parte accionada – TolihUILA E.P.S. – y la vinculada: Clínica Tolima.

I.- ANTECEDENTES

1.- Solicitó la accionante Esmirey Laguna Pérez, protección de los derechos constitucionales a la Vida, Salud, integridad Física, Seguridad Social, los que a su criterio han sido conculcados por la parte accionada y en consecuencia se ordene a la E.P.S. UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA, se practiquen los tratamientos médicos especializados en especial la cirugía laparoscópica para corrección de hernia hiatal y cirugía antirge y el tratamiento integral por diagnósticos de mucosa de barret con metaplasia intestinal de tipo colónico sin displasia, esofagitis péptica leve. Fundamenta su pretensión así:

a) Refiere que desde el año 2015 fui diagnosticada de una patología denominada: mucosa de barret con metaplasia intestinal de tipo colonico sin displasia, esofagitis péptica leve.

b) Afirma que debido a la gravedad de la patología y dentro del proceso de tratamiento efectuado el médico tratante dispuso que es necesario practicar valoración por cirugía bariátrica, con el propósito de garantizar por medio de una cirugía de alta complejidad mi vida en condiciones de dignidad ya que la patología que presento compromete seriamente mi existencia.

c) Sostiene que debido a la constante demora y maniobras evasivas de la E.P.S. Unión Temporal Toluila para expedir autorización de servicios médicos y suministro de medicamentos he tenido que asumir con cargo a mi peculio parte del tratamiento y medicamentos necesarios para garantizar mi salud.

d) Dice que desde el día 22 de Enero de 2019, fecha en el que el médico tratante DR. JHOAN MANUEL CARVAJAL GARCIA "GASTROENTEROLOGO" conceptuó la necesidad de practicar CIRUGIA LAPAROSCOPICA PARA CORRECCION DE HERNIA HIATAL Y CIRUGIA ANTIRGE, hasta actualidad han transcurrido demasiado tiempo, lo cual pone en grave peligro mi vida.

2.- Toluila EPS y la Clínica Tolima, se pronunciaron en término.

II.- SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite previsto para actuaciones de esta naturaleza, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Ibagué, dictó sentencia calendada el veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020), mediante la cual amparó los derechos constitucionales reclamados por la parte accionante. En consecuencia, ORDENÓ "(...)" a la UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA, autorizar y materializar "(...)" a la tutelante ESMIREY LAGUNA PÉREZ, los procedimientos denominados "VALORACION POR CIRUGIA BARIATRICA" y "CIRUGIA LAPAROSCOPICA PARA CORRECCION DE LA HERNIA HIATAL Y CIRUGÍA ANTIRGE", que le fueron prescritos y/o formulados por sus médicos especialistas tratantes para las patologías que le fueron diagnosticadas (...) brindar "(...)" de MANERA INTEGRAL la prestación del servicio de salud (...)"

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada: Toluila EPS y la Clínica Tolima, discrepan del fallo de tutela en cuestión, los que edifican con los siguientes argumentos: **i) Toluila EPS**, refiere que ha garantizado los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes y adscritos a la entidad conforme a las patologías de la Señora Esmirey Laguna Pérez; no se aporta orden médica en la que se prescriba algún procedimiento y/o intervención quirúrgica; sin embargo, asignó cita por la especialidad de cirugía bariátrica para el lunes 18 de mayo de los corrientes a la 1:00 pm. con el Dr. Javier Pardo, por lo se presenta un hecho superado, y la orden del tratamiento integral que comprende el traslado para la atención en salud en otro lugar, constituye prestaciones futuras, inciertas e indeterminables y, **ii) Clínica Tolima**, refiere que no se le puede imponer obligaciones que no está obligada a cumplir, mismas a cargo de Emcosalud y la UT – Toluila -, pues su atención se reduce a la prestación de los servicios asistenciales de segundo y tercer nivel de complejidad que tiene habilitados en la ciudad de Ibagué.

IV.- CONSIDERACIONES

I.- Competencia. Este Despacho es COMPETENTE para conocer de la presente acción de tutela en virtud de lo expuesto en los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 de 2.000.-

1.- Procedencia de la demanda de tutela. La acción de tutela fue concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para proteger el derecho. La tutela no puede converger con vías judiciales diversas porque no es un mecanismo que se pueda elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque por regla general, prevalece la acción ordinaria, per se, lleva implícitos los principios de la subsidiaridad e inmediatez como requisitos de procedibilidad de la misma.

1.1.- Legitimación activa. En el caso de estudio se cumple con el requisito de legitimidad para instaurar la tutela, ya que la señora Esmirey Laguna Pérez, como titular de derechos constitucionales actúa en defensa de los mismos, que a su criterio han sido conculcados por la parte accionada.

1.2.- Legitimación pasiva. La Unión Temporal Tolihuila, es una entidad promotora de salud, la Clínica Tolima S.A., es una institución prestadora de servicios de salud, la Fiduprevisora S.A., como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio, y la Secretaría de Salud del Tolima, es una persona jurídica de derecho público del orden departamental, a las cuales se les atribuye la responsabilidad en la violación de los derechos constitucionales aducidos por la accionante; por lo tanto, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, están legitimados como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio.

1.3.- Inmediatez. Constituye un requisito de procedibilidad de la acción, el que ésta sea interpuesta en forma oportuna, es decir que se realice dentro de un plazo razonable, toda vez que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, frente a su vulneración o amenaza, debiéndose presentar de esta forma dentro de un ámbito temporal razonable desde la ocurrencia de la misma.

El Juzgado considera que la presunta vulneración alegada por la accionante a su derecho fundamental es actual, dada que la fecha de la orden médica expedida por el médico tratante (11/12/2019) y la fecha de presentación de la acción constitucional (28/02/2020), no transcurrió menos de

tres (3) meses, por lo que en línea de principio se cumpliría el presupuesto de inmediatez¹, como requisito de procedibilidad de la presente acción.

1.4.- Subsidiaridad. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 86, prescribe sobre la acción de tutela: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que *“cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto”*².

El Despacho considera que el señora Esmirey Laguna Pérez no dispone de otros medios judiciales de defensa, la protección de los derechos constitucionales deprecados por la misma en el presente asunto, por lo que el Juzgado con el fin de asegurar la eficacia de la protección constitucional y lograr realizar los principios que rigen el trámite de la acción de tutela, analizará el caso concreto sometido a estudio en la acción constitucional de la referencia.

2.- El problema jurídico. Consiste en verificar por parte de éste Juzgador, si en el **sub – júdece**, se considera que en efecto se han vulnerado por parte de la entidad accionada los derechos constitucionales invocados por la accionante, al no autorizar y practicar los tratamientos médicos especializados en especial la cirugía laparoscópica para corrección de hernia hiatal y cirugía antirge; así como el tratamiento integral por diagnósticos de mucosa de barret con metaplasia intestinal de tipo colónico sin displasia, esofagitis péptica leve.

3.- El Artículo 86 Constitucional, establece el mecanismo preferente y sumario de la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales, cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.1.- El artículo 48 de la Carta Política señala que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, el cual está sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, el artículo 49 señala que a todas las personas se les debe garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

4.- De las pruebas arrojadas, cabe precisar que, la señora Esmirey Laguna Pérez registra afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Sentencia T-172/13.

² Sentencia T-117A/13.

Magisterio a través de la Unión Temporal Tolhuila, en estado activo; así mismo, cuenta con remisión para la autorización y práctica del procedimiento quirúrgico denominado by pass gástrico por laparoscopia para el manejo de la obesidad y el reflujo asociado con la hernia hiatal, prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS accionada

5.- En esa dirección, la U.T. –Tolhuila E.P.S. refiere que a la usuaria se le ha que ha garantizado los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes y adscritos a la entidad conforme a las patologías, lo que queda demostrado con el vademécum de servicios autorizados; no obstante, valga precisar que la valoración por *cirugía bariátrica* a pesar de estar autorizada desde el 11 de diciembre de 2019, y en forma posterior, no está demostrada que la misma se haya materializado, lo que es corroborado por la EPS accionada que refiere que se asignó consulta para *CIRUGÍA BARIÁTRICA*; sin embargo, a raíz de la pandemia que se vive en Colombia se reportó por parte de la Clínica Tolima que no se están asignando ni realizando consultas médicas.

6.- Ahora bien, ha de verse que el 22 de enero de 2019 el médico tratante Dr. Jhoan Manuel Carvajal García, especialista en gastroenterología en la historia clínica de la usuaria señaló: “(...) *SE DIFIERE A CIRUGÍA LAPAROSCÓPICA PARA CORRECCIÓN DE LA HERNIA HIATAL Y CIRUGÍA ANTIRGE (...)*”, de lo cual resulta palmario inferir que el reseñado procedimiento quirúrgico se “*aplazó*” o “*suspendió*”, *amén*, que no se aportó orden médica reciente expedida por el médico tratante, lo que hace improcedente en esta oportunidad ordenar su autorización y práctica; sin embargo, en razón a las patologías diagnosticadas denominadas: “*BARRETTI SIN DISPLASIA, INFLAMACIÓN CRÓNICA ACTIVA MODERADA, ENFERMEDAD DE REFLUJO GASTROESOFAGICO CON ESOFAGITIS, HEMORRAGIA GASTROINTESTINAL NO ESPECIFICADA, OBESIDAD DE VARIOS AÑOS RELACIONADA CON REFLJO GASTROESOFÁGICO CON HERNIA HIATAL GIGANTE EVIDENCIADA EN ENDOSCOPIA, ESÓGAFO DE BARRET QUE SE HA ATRIBUIDO A LA OBESIDAD Y SOBREPESO*”, se hace necesario amparar el derecho al diagnóstico, *como aspecto integrante del derecho a la salud*³, para que sea el médico tratante el que determine la necesidad de su prescripción, de cara a la situación actual de la paciente y si está resulta adecuada para preservar o recuperar su salud.

7.- Ahora bien, respecto al tratamiento integral que necesita la usuaria, adviértase que ciertamente no se evidencia en el plenario órdenes medicas constitutivas de prestaciones futuras e inciertas, lo que en línea de principio vedaría al Juez constitucional para impartir ordenes sobre servicios médicos no prescritos por el galeno tratante, y de hacerlo, debe hacer determinable la orden al momento de conceder el amparo, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en sentencia T-926/12⁴. Sin embargo en el caso concreto, se ha

³ Sentencia T-196/2018.

⁴ “En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez

procedente inaplicar las reglas legales y jurisprudenciales sobre el tema particular, habida cuenta que la señora Esmirey Laguna Pérez, padece de múltiples patologías, entre ellas, *obesidad*, patología que ha sido definida como una prioridad de salud pública⁵, por lo que la U.T. Tolihuilá E.P.S. se encuentra en la obligación de brindarle el tratamiento médico integral que incluye medicamentos, citas con los especialistas, exámenes especializados, cirugías, hospitalización, transporte, alimentación y un acompañante fuera de la ciudad si fuere del caso, prescritos por los médicos tratantes adscritos a su red de prestadores, sin dilaciones y trámites administrativos injustificados que coloquen en riesgo la vida y la salud de la misma, todo en concordancia con el principio de integralidad preceptuado en el artículo 8, de la Ley Estatutaria No. 1751 de febrero 16 de 2015.

8.- De otro lado, resulta importante señalar que revisada la resolutive del fallo no se impuso orden tutelar a cargo de la Clínica Tolima S.A., pues fluye nítido que no es de su competencia autorizar la cirugía denominada: *cirugía de Bypass Gástrico por obesidad*, pues dicha función ha sido encomendada expresamente a la Unión Temporal Tolihuilá E.P.S., luego por sustracción de materia se hace inane emitir pronunciamiento respecto del cargo de impugnación formulado por la mencionada IPS en la presente actuación.

9.- Corolario de lo expuesto, el fallo impugnado se reformará en el sentido de *ORDENAR a Tolihuilá EPS* que en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva valorar a la señora Esmirey Laguna Pérez, a fin de determinar la necesidad y pertinencia en autorizar y practicar la *CIRUGÍA LAPAROSCÓPICA PARA CORRECCIÓN DE LA HERNIA HIATAL Y CIRUGÍA ANTIRGE*, tomando en consideración las patologías que la aqueja. De encontrarse la necesidad en la cirugía reseñada, proceda a iniciar el procedimiento para su autorización y práctica en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contados a partir del día siguiente de la valoración médica, sin dilaciones y trámites administrativos injustificados, que coloquen en riesgo la vida de la usuaria. En lo demás, ***se confirma la decisión impugnada.***

V.- DECISIÓN.

En mérito de lo considerado, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. En todo caso, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

⁵ Ley 1355 de 2009, art. 1º.

autoridad de la Ley, **REFORMA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Ibagué, el 27 de mayo de 2020, en el siguiente sentido:

PRIMERO.- ORDENAR a Tolihuala EPS que en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, se sirva valorar a la señora Esmirey Laguna Pérez, a fin de determinar la necesidad y pertinencia en autorizar y practicar la **CIRUGÍA LAPAROSCÓPICA PARA CORRECCIÓN DE LA HERNIA HIATAL Y CIRUGÍA ANTIRGE**, tomando en consideración las patologías que la aqueja. De encontrarse la necesidad en la cirugía reseñada, proceda a iniciar el procedimiento para su autorización y práctica en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contados a partir del día siguiente de la valoración médica, sin dilaciones y trámites administrativos injustificados, que coloquen en riesgo la vida de la usuaria. En lo demás, **se confirma la decisión impugnada**.

SEGUNDO.- REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez finalice el término de suspensión de actividades ordenada por el citado Tribunal en el Acuerdo PCSJA20-11521.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE a las partes esta decisión mediante correo electrónico, a la parte actora Esmirey Laguna Pérez: esmireycita@gmail.com , a la parte accionada UT Tolihuala EPS.S: jurídica.tolima@emcosalud.com, **vinculados:** [Clínica Tolima: info@clinicatolima.com](mailto:info@clinicatolima.com), [Fiduprevisora S.A.: servicioalcliente@fiduprevisora.com.co](mailto:Fiduprevisora S.A.:servicioalcliente@fiduprevisora.com.co) o notjudicial@fiduprevisora.com.co, Secretaría de Salud del Tolima: asesorjuridico@saludtolima.gov.co, Gobernación del Tolima: notificacionesjudiciales@tolima.gov.co o contactenos@tolima.gov.co. y al Juzgado 03 Civil Municipal de Ibagué j03cmpaliba@cendoj.ramajudicial.gov.co,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

JESÚS SALOMÓN MOSQUERA HINESTROZA

El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada" y en el artículo 6º del Acuerdo PCSJA20-11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura que ha venido siendo prorrogado.