



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SANTIAGO DE CALI

Acción de Tutela

Radicación: 7600 14303 0002 2023 00067 00

Accionante: ARMANDO MONTAÑO SILVA agente Oficios de SEBASTIAN MONTAÑO.

Accionado: E.P.S. COMFENALCO VALLE.

Sentencia de primera instancia # **069**.

Santiago de Cali, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2.023).

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor ARMANDO MONTAÑO SILVA agente Oficioso de su hijo SEBASTIAN MONTAÑO VIVAS, contra **E.P.S. COMFENALCO**, solicitando la protección del derecho fundamental a la salud, vida digna los cuales considera vulnerados por la entidad accionada.

ANTECEDENTES Y PRETENSIONES

En síntesis, del recuento fáctico y probatorio contenido en el libelo introductor se tiene que el agenciado Sebastián Montaña Vivas, tiene desde el 2003 una calificación de invalidez del 66%, emitida por la EPS Comfenalco, cuyo diagnóstico de calificación correspondió a: A. Autismo infantil; B. Epilepsia y C. Anoxia perinatal.

Aduce que su hijo es un individuo de 31 años de edad, producto de un nacimiento con sufrimiento fetal por hipoxia perinatal, deprimido, APGAR bajo, cianótico, doble circular de cordón y meconiado, requiere reanimación neonatal, secundario a esto estuvo hospitalizado 3 días en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales en la Clínica Rafael Uribe, ubicada en Cali, del entonces Instituto de los Seguros Sociales de Cali, Colombia, Además, presenta una trisomía parcial del cromosoma 13, la trisomía es un trastorno genético en el cual una persona tiene 3 copias de material genético del cromosoma 13, en lugar de las 2 copias normales. La trisomía parcial del 13, se caracteriza por la presencia de una parte de un cromosoma 13 extra en las células. El material extra interfiere con el desarrollo normal. El diagnóstico inicial correspondió a Retraso Psicomotor Severo, posteriormente a los 7 años el diagnóstico fue cambiado por el de Autismo Severo.

Manifiesta que el 11 de abril de 2019, presentó derecho de petición a Comfenalco, sin lograr mayores compromisos por parte de la E.P.S.

Por lo anterior, solicita que se tutelen los derechos fundamentales de la salud en conexidad con la vida, y ordene a E.P.S. COMFENALCO, le autorice todo lo solicitado en la petición.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La presente acción de tutela es admitida el día 16 de marzo de 2.023, mediante **auto No. T- 134** contra a **E.P.S. COMFENALCO VALLE**, en el que se ordenó notificar y oficiar a la parte accionante, accionada y a los vinculados ADRES, FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA – FOSYGA, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, y SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, para que en el término perentorio de un día (1) se sirvieran dar explicaciones que consideraran necesarias respecto a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

RESPUESTA DEL ACCIONADO E.P.S. COMFENALCO VALLE

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 39 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 10 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO ADRES

La entidad vinculada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 47 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 07 de la presente tutela

RESPUESTA DEL VINCULADO SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 21 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 08 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE CALI.

La entidad vinculada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 09 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 09 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO SECRETARIA DE SALUD PÚBLICA DEPARTAMENTAL DE CALI

La entidad vinculada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 05 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 11 de la presente tutela.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si Determinar si **E.P.S. COMFENALCO VALLE** vulnera los derechos fundamentales a la **SALUD, VIDA DIGNA**, invocados en el libelo tutelar, la cual versa sobre una solicitud de servicios de salud, requerido por la parte accionante.

CONSIDERACIONES

Este juzgado es competente para conocer y adelantar la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, el cual indica en su artículo primero que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto”.

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, debemos detenernos en el derecho fundamental que se predica vulnerado, con ello se ubica el hecho en el derecho a la igualdad, dignidad humana, salud y vida, que se encuentra previsto constitucionalmente en los artículos 13, 1, 49 y 11 de la Constitución Política.

Mediante la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión, de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la Ley, razón por la que la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, faculta a todas las personas para reclamar ante los jueces, la protección

de sus derechos, mediante la acción de tutela y de acuerdo a su Decreto Reglamentario (2591 de 1991).

Cuando una persona natural o jurídica, acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción (como la tutela), una pronta resolución del conflicto planteado.

Así las cosas, los sujetos procesales están llamados a observar con diligencia y cuidado la Constitución y la ley.

En este sentido, las personas deben acudir al proceso que la ley haya determinado para dirimir los diferentes conflictos, de manera que sólo se podrá hacer uso de la acción de tutela, cuando no exista en el ordenamiento otro mecanismo judicial o, cuando existiendo, la misma se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la tutela tiene dos características que la identifican: la subsidiariedad y la inmediatez.

Es subsidiario porque únicamente puede instaurarse cuando el lesionado no tiene otro medio de defensa judicial a su alcance o que, teniéndolo, acuda a la tutela para conjurar la situación de perjuicio irremediable en la que se encuentra. La caracteriza también su inmediatez, puesto que es un mecanismo que opera de manera urgente, rápida y eficaz para proteger el derecho fundamental que ha sido violentado o que se encuentra amenazado.

PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

El derecho a la salud, se encuentra consagrado en el artículo 49 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA el cual establece:

“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”.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. Resaltando que la Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”

Frente a este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en muchas ocasiones, para lo cual ha expresado:

“El derecho constitucional a la salud, reiterativamente asumido como fundamental por esta corporación es, por ende, pasible de ser amparado mediante acción de tutela, en particular cuando se trate de (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico; y (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la

necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no pueden acceder por incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que se trate de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, personas de avanzada edad, embarazadas, pacientes de enfermedades catastróficas, población carcelaria), o en otras situaciones en que, por argumentos válidos y suficientes, de relevancia constitucional, se concluya que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro grave, o amenaza inminente contra otros derechos fundamentales, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho fundamental a la salud dentro de un Estado social de derecho.”¹

“Aunque con sujeción al literal g) del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, la prestación de los servicios asistenciales a cargo de una EPS se encuentra fijada por el contenido del Plan Obligatorio de Salud, POS, la jurisprudencia ha indicado que, bajo ciertas circunstancias, las empresas prestadoras del servicio de salud deben suministrar fármacos que no se hallen incluidos en el Manual de Medicamentos y Terapéutica, siempre y cuando se cumplan los requisitos jurisprudencialmente indicados al respecto.

Acorde con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de la atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud. De acuerdo con este principio, las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.

En la sentencia T-233 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, esta corporación precisó el contenido de este principio:

“El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.”

Así, la procedencia de la acción de tutela tiene como punto de partida que la falta de suministro del medicamento prescrito por el médico tratante agrave la situación de salud o impida restablecerla, comprometiendo la integridad personal o la pervivencia de quien lo requiere.

En otras palabras, la inaplicación de la preceptiva legal o reglamentaria toma fundamento cuando la fortaleza vital esté decayendo o se encuentre en riesgo real, y solo con el suministro del fármaco recetado pueda ser protegida, de tal modo que la EPS, cumplidas las demás condiciones, deba proveerlo, así esté fuera del POS².

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-

¹ Sentencia t 781 de 2013

² Sentencia t 781 de 2013

En relación con el derecho a la salud *de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes y las personas de la tercera edad.*

En relación con los derechos de los sujetos de especial protección constitucional a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas la Corte Constitucional ha venido reiterando: ()

“4.1. En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante ello, a la salud se le ha reconocido expresamente su carácter de derecho fundamental *per se*, ubicado como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos. Se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. Aunado a lo anterior, esta Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos de población que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los niños y niñas, las personas de avanzada edad y **quienes se encuentren en condición de discapacidad**. De tal manera ha expresado:

“El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela.”

(...)

4.4. Respecto a la especial condición en que se encuentran las personas de edad avanzada, la Corte ha resaltado la protección que a su favor impone el artículo 46 constitucional, primordialmente por el vínculo que une la salud con la posibilidad de llevar una vida digna, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia T-1087 de diciembre 14 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño: *“Esa relación íntima que se establece entre el derecho a la salud y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, ha sido también recalcada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su observación general número 14 que, en su párrafo 25 establece: ‘25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general No. 6 (1995), reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables...’.”*

4.5. También es clara la protección constitucional para las **personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales**, como puede constatarse, entre otras, en

la sentencia T-035 de febrero 3 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: *“Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada. Así el artículo 47 de la C.P. dispone que: ‘De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran’.*”

4.6. Consecuencialmente, en el integral fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reafirmó que *“el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional”.*

El Tribunal Constitucional, como ya se ha indicado, resaltó que la reglamentación y aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS, con el argumento exegético de la exclusión en el POS, interpreta de manera restrictiva la reglamentación y evade la práctica de servicios, procedimientos, intervenciones o el suministro de medicinas o elementos, necesarios para preservar la vida de calidad de los pacientes y su dignidad. Así, entonces, y teniendo en cuenta la Sentencia T-760 de 2008, *“el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios”.*

El derecho a la continuidad del servicio de salud Reiteración de jurisprudencia SENTENCIA T-015-21.

1. El derecho a la salud tiene una doble connotación: (i) es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable cuyo contenido y alcance ha sido definido por el legislador estatutario³ y por la jurisprudencia constitucional,⁴ (ii) es un servicio público que, de acuerdo con el *principio de integralidad*,⁵ debe ser prestado de “manera completa”, vale decir, con calidad y en forma eficiente y oportuna.⁶
2. Esta Corporación se ha referido a la integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo prescrito

³ Ley Estatutaria 1751 de 2015. La revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, fue hecha por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Señaló que la salud es *“un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general.”* Además, la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Ver entre otras, las sentencias: C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

⁶ De acuerdo con la Sentencia T-612 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la calidad consiste en *“que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes”.* Así mismo, la eficiencia *“implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”.* Que sea oportuna hace referencia a que la persona *“debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros.”*

por el médico tratante.⁷ Según la Sentencia C-313 de 2014 que ejerció el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental de salud, el principio de integralidad irradia el sistema, determina su lógica de funcionamiento y envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.⁸ También ha reconocido la Corte, que cuando no es posible la recuperación de la salud, en todo caso deben proveerse los servicios y tecnologías necesarios para sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad y dignidad personal del paciente, de modo que su entorno sea tolerable y adecuado.⁹

3. Uno de los elementos esenciales del principio de integralidad del servicio de salud es la garantía de su prestación sin interrupciones y es por ello que el legislador estatutario estableció el *principio de continuidad*, como el derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, de manera que *“una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”*¹⁰
4. La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la *continuidad* en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la *continuidad* de tratamientos médicos ya iniciados.¹¹ Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,¹² en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también *“en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico”*¹³ o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.

⁷ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. *“El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.”*

⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Acápite 5.2.8.3.

⁹ Sentencia T-402 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁰ Literal d) Artículo 6 Ley 1751 de 2015.

¹¹ Ver Sentencia T-1198 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), posición reiterada en las sentencias T-164 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y T-505 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-124 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras. Estos criterios son: *“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”*

¹² Ver Sentencia T-170 de 2002 (Manuel José Cepeda Espinosa,) posición reiterada en las sentencias C-800 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda; T-140 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-281 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-479 de 2012 y T-531 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango, entre otras. Estos eventos son: *“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.”*

¹³ Sentencia T-314 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

5. Particularmente, la Corte se ha referido al derecho a la continuidad del servicio de salud cuando se trata de traslados excepcionales de EPS ordenados por la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de revocatorias de habilitación o de intervenciones forzosas para liquidación, pues se trata de trámites administrativos que no tienen por qué afectar la prestación efectiva del servicio ni poner en riesgo los derechos fundamentales de los usuarios. En casos como estos, ha sostenido la Corte que *“las obligaciones y deberes relacionadas con el servicio de salud en cabeza de la EPS cedente se trasladan a la entidad cesionaria, por lo que esta última asume la obligación y el deber de prestar dicho servicio de salud a los afiliados cedidos en los términos establecidos en la Constitución y la ley, como aplicación al principio de continuidad.”*¹⁴
6. Vistas las reglas constitucionales sobre la continuidad del servicio de salud que reclama la accionante en nombre de su padre, pasa la Sala a referirse a las reglas constitucionales referentes al tipo de servicio requerido por éste.
7. Vistas las reglas constitucionales aplicables, pasa al despacho para resolver el problema jurídico planteado en este caso.

De igual forma se trae a colación apartes de la sentencia T 045 de 2015, que en lo pertinente señala:

*“Así mismo, la adecuada protección del derecho constitucional fundamental a la salud, se da cuando el **Estado brinda las condiciones necesarias para que las personas sean atendidas cuando presenten problemas mentales, físicos y sociales, debido a que estos tres componentes son integrales del derecho a la salud.***

7.6. De otra parte, la Corte Constitucional ha estudiado varios casos de personas que padecen trastornos afectivos, mentales y del comportamiento, como la esquizofrenia y en donde su pretensión es que se le ordene a las entidades prestadoras de salud que internen a los pacientes de manera permanente. Al resolver este tipo de casos la Corte ha acudido a diferentes órdenes entre las cuales encontramos: (i) el internamiento u hospitalización permanente en centro de salud especializado del paciente con limitaciones de su salud mental; (ii) la internación transitoria del paciente en centro de cuidados intermedios; (iii) el tratamiento domiciliario o ambulatorio del paciente a cargo de su núcleo familiar y con la asistencia de las Entidades Prestadoras del Servicio de salud y del Estado; (iv) la realización de un diagnóstico médico que permita determinar el tratamiento idóneo para la patología del paciente y (v) el suministro de información detallada al paciente y a sus parientes sobre las características de la enfermedad y el tratamiento que requiere...”

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso en concreto, se extrae que el agente oficioso del señor SEBASTIAN MONTAÑO presenta acción de tutela en razón al diagnóstico de *“Autismo infantil; Epilepsia y Anoxia perinatal”*. Por lo anterior según sus dichos el agenciado requiere *“Enfermera o acompañante, Terapia física, Terapia del lenguaje, Terapia Ocupacional, Equino terapia o hipoterapia, Delfino terapia, Hidroterapia, Pañales”*

Ahora, la E.P.S accionada, es la directamente consultada y la llamada a responder en primera instancia por la salud del agenciado, la cual en su contestación y al no encontrarse órdenes médicas indica lo siguiente: *“es evidente que al usuario NO SE LE HAN NEGADO servicios, sino que no se ha tenido un seguimiento continuo sobre las patologías del*

¹⁴ Sentencia T-673 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver, entre otras, las sentencias T-362 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-681 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio; T-169 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-974 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería.

usuario, lo cual permita por medio de especialistas establecer la pertinencia de servicios, lo cual nos imposibilita para conocer los requerimiento del paciente y poder emitir las ordenes, en busca de la prestación de un servicio, evidenciando que NO EXISTE ACCION ALGUNA de la que se pueda desprender la vulneración de algún derecho del usuario”.

Si bien es cierto dentro del legajo tutelar no obra orden medica alguna sobre los servicios requeridos y negación alguna por parte de la EPS accionada, no es menos cierto y no se puede pasar por alto la condición del accionante que es un **sujeto de especial protección constitucional** y los servicios de salud con un componente del derecho fundamental a la salud que, a su vez, obliga a las autoridades encargadas de prestar este servicio a establecer una serie de mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna.

De ahí que es el Estado al que le corresponde el deber de brindarle una especial protección a las personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, conforme a lo señalado en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, y en virtud a que no hay orden del médico tratante pero existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio deprecado en el libelo genitor, en vista de que no se cuenta con los conocimientos necesarios para determinar la necesidad o urgencia del servicio, se ordenará la valoración del agenciado por parte del equipo médico de la entidad accionada.

Atendiendo las **facultades extra y ultra petita del juez constitucional, en el asunto objeto de análisis y problema jurídico planteado**, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que ha admitido que esta resuelva los asuntos sin ceñirse estricta y forzosamente:

“(i) a las situaciones de hecho relatadas en la demanda; (ii) a las pretensiones del actor ni (iii) a los derechos invocados por este, como si tuviese que hacerlo en otro tipo de causas judiciales. Esta facultad tiene fundamento en el carácter informal de la acción de tutela, en su objetivo de materializar efectivamente los derechos fundamentales que el juez estime comprometidos al valorar la situación que se le puso en conocimiento, y en su rol de guardia de la integridad y la supremacía de la Constitución.

[...] Es el juez quien debe (i) establecer los hechos relevantes y, en caso de notenerlos claros, indagar por ellos; (ii) adoptar las medidas que estime convenientes y efectivas para el restablecimiento del ejercicio de las garantías ius fundamentales; y (iii) precisar y resguardar todos los derechos que adviertan comprometidos en determinada situación. El juez constitucional, al cumplir estos deberes e ir más allá de lo expuesto y lo pretendido en el escrito de tutela, emplea facultades *ultra* y *extra petita*, que son de aquellas “*facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas*”. El uso de tales

facultades no solo implica una posibilidad para el juez de tutela, pues está obligado a desplegarlas cuando el asunto en cuestión lo amerita.

Como se advirtió anteriormente, la Corte Constitucional ha sido enfática en su jurisprudencia al indicar que el derecho a la salud se encuentra especialmente protegido cuando el servicio se requiere para enfrentar enfermedades catastróficas y de alto costo, tales como los tratamientos de quimioterapia y radioterapia para el cáncer; contemplado el artículo 117 de la Resolución 5261 de 1994. Así mismo que el “acceso a los servicios de salud que se *requieran*, está especialmente garantizado a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo”.

El juzgado encuentra posible, viable, y factible, que al accionante se le realice al gestor de amparo una valoración por los médicos adscritos a la EPS COMFENALCO VALLE, ya que

debe ser un equipo interdisciplinario el que diagnostique y establezca el tratamiento pertinente, al que debe ser sometido el promotor de amparo, por lo tanto, en procura de proteger el derecho a la salud, a la vida dignidad, y que no se presenten futuras vulneraciones por parte de la entidad prestadora de salud, se ordenará a EPS COMFENALCO VALLE que sea valorado SEBASTIAN MONTAÑO VIVAS por médicos especialistas que determinen la necesidad y urgencia del tratamiento, por el padecimiento que sufre de “Autismo infantil; Epilepsia y Anoxia perinatal”, y que determinen si es candidato para recibir “Enfermera o acompañante, Terapia física, Terapia del lenguaje, Terapia Ocupacional, Equino terapia o hipoterapia, Delfino terapia, Hidroterapia, Pañales”, en síntesis, y a pesar de que no se ha demostrado negligencia de la EPS, por tratarse de un sujeto de especial protección, de acuerdo a su diagnóstico médico y demás mencionados, es que se ordenará a la entidad accionada realizar al accionante - la valoración por parte de médicos adscritos a la RED de EPS COMFENALCO VALLE, para que ellos estudien la pertinencia y necesidad de los servicios solicitados, y que requiera el accionante-; y, la **EPS** deberá proceder a autorizarlos y practicarlos, por lo mismo, los medicamentos servicios e insumos que requiera el gestor de amparo y, ordenen los médicos tratantes en la valoración, sin que para ello se tengan que someter a más trámites administrativos, puesto que la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario, teniendo en cuenta las prescripciones médicas. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad, eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud.

Por lo anterior, este despacho se ve en la necesidad imperiosa de realizar un seguimiento para proteger los derechos a la salud en conexidad con la vida y dignidad del tutelante, y se dé un efectivo cumplimiento, en consecuencia, se ordenará que una vez realizado lo anterior se proceda de inmediato a acatar las órdenes de la valoración por el equipo interdisciplinario y remita la valoración expedida y el cumplimiento de lo prescrito por el médico tratante a este estrado judicial.

Al momento de notificar este fallo, se le hará saber a los interesados, el derecho que les asiste a impugnarlo dentro de los tres días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En caso de que este fallo no fuere impugnado, se remitirán las presentes diligencias, al día siguiente del vencimiento de la ejecutoria formal, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el Juzgado, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho de salud y vida digna invocado por SEBASTIAN MONTAÑO VIVAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDÉNASE al representante legal de **EPS COMFENALCO VALLE**, o quien haga sus veces; en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, y sin dilaciones de índole administrativo, disponga de todo lo necesario, para que al señor **SEBASTIAN MONTAÑO VIVAS**, le sea realizada una valoración por un equipo interdisciplinario el determinen la necesidad y urgencia del servicios de “Enfermera o acompañante, Terapia física, Terapia del lenguaje, Terapia Ocupacional, Equino terapia o hipoterapia, Delfino terapia, Hidroterapia, Pañales”, todo ello llevado a cabo por profesionales Adscritos a la EPS-S; y la **EPS** deberá proceder a autorizarlos y practicarlos, por lo mismo, los medicamentos servicios e insumos que

requiera el gestor de amparo y, ordenen los médicos tratantes en la valoración, sin que para ello se tengan que someter a más trámites administrativos, puesto que la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario, teniendo en cuenta las prescripciones médicas. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad, eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud.

TERCERO: REMITASE A ESTE DESPACHO por **EPS COMFENALCO VALLE**, la valoración médica practicada por los especialistas y/o Equipo interdisciplinario que se determine, junto con las acciones que adoptó la EPS para el cumplimiento de la misma.

CUARTO: ORDENAR que se notifique a las partes lo aquí decidido por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: En caso de que el fallo no sea impugnado, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si este fallo no fuere revisado por la H. Corte Constitucional, una vez excluido **ARCHIVASE**.

NOTIFIQUESE y CÚMPLASE

LUIS CARLOS QUINTERO BELTRAN
JUEZ