



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 172

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por la señora BERTHA BUITRAGO DE DIAZ como agente oficiosa de LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES, en contra de la E.P.S EMSSANAR S.A.S, con el fin de que se les proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante, que su esposo es un adulto mayor que sufrió un ACV por lo que le ordenaron terapia física, de lenguaje y visita médica una vez al mes, pero no le ordenaron servicio de enfermería o cuidador pese a que el paciente presenta marcha con dificultad por lo que se cae con frecuencia y ella no puede atenderlo por condiciones de salud.

2.- Que su esposo requiere de una atención médica que le garantice unas condiciones médicas estables.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la agente oficiosa, que se ordene a la EPS EMSSANAR que le proporcione a su esposo home care, cama hospitalaria, silla de ruedas, enfermería 24 horas, visita médica permanente, transporte medicalizado y/o auxilio de transporte, crema almipro, crema lubriderm, guantes y tapabocas.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 11 de julio de 2023, este despacho admitió la tutela ordenando oficiar a la entidad Accionada con el fin de que en el término de dos días se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela, se ordenó la vinculación de SOCIEDAD NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO S.A.S, HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, FUNDACION VALLE DEL LILI, HOSPITAL CARLOS HOLMES TRUJILLO, CENTRO DE SALUD DESEPAZ, IPS VISAL RT o IPS VITAL RT, ADRES, y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD.

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS.

EMSSANAR EPS contesta básicamente, que lo solicitado por la accionante no tiene ordenes médicas que los sustenten y sobre el ungüento almipro, el mismo se encuentra autorizado para la IPS Farmart Ltda.

EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE manifiesta que ha prestado la atención que ha requerido la señora BERTA BUITRAGO DE DIAZ, pero nada dice respecto del accionante LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES.

RED DE SALUD DEL ORIENTE E.S.E. manifiesta que no es la responsable de vulneración de los derechos que reclama el accionante, toda vez que le ha brindado la atención en el nivel básico que le corresponde

CLINICA NUESTRA manifiesta básicamente que *"Revisado la base de datos de historia clínica, se informa que el paciente ingreso al servicio de urgencias, el día 16 de junio de 2023, con un diagnóstico de "OTRAS ENFERMEDADES CEREBROVASCULARES ESPECIFICADAS" quien recibió el tratamiento médico integral requerido de acuerdo a los hallazgos clínicos encontrados, hasta el momento de su egreso."*

LA GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA sostiene que: *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad,manifiste EL accionante estar ACTIVO en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB)) EMSSANAR EPS , esta entidad como administradora de servicios en salud, deberá garantizar en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios, conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo."*

ADRES contesta *"es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS. C.."*

LA ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI, alega una falta de legitimación en la causa, toda vez que no tiene participación en la ocurrencia de los hechos materia de la tutela.

III. PROBLEMA JURIDICO:

Corresponde a esta instancia determinar, si bajo las circunstancias medicas del señor LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES, resulta procedente la tutela para ordenar autorizar la prestación de los servicios médicos pretendidos, en caso de serlo, se establecerá si resultó vulnerado su derecho a la salud, por no haberse autorizado oportunamente.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B. MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de "conexidad", bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos



fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales. (. . .)

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la "conexidad" como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

"Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental".

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que "la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela".

*3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona."*¹

Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "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".

¹ Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger



Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)".

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el **ordenamiento jurídico colombiano**". Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente".*

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados."²

C. CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES de 86 años, sufrió un ACV que le ocasionó una dificultad en la marcha y requiere de un cuidado especial para

² Sentencia T-196-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger



evitar caídas y realizar sus actividades diarias, por lo que su esposa quien actúa como agente oficiosa, solicita que a través de este mecanismo constitucional se le ordene a la EPS que le proporcione home care, cama hospitalaria, silla de ruedas, enfermería 24 horas, visita médica permanente, transporte medicalizado y/o auxilio de transporte, crema almipro, crema lubriderm, guantes y tapabocas.

En punto de lo anterior hay que decir en primer lugar, que en tratándose de medicamentos, insumos, exámenes y demás servicios que requiera el paciente para el manejo de su enfermedad, es necesario aportar con el escrito de tutela, la orden médica expedida por el médico tratante, toda vez que el juez constitucional carece de los conocimientos médicos y científicos necesarios para llegar a determinar si el señor LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES, requiere de los servicios e insumos solicitados.

En este caso, la agente oficiosa del paciente accionante no aporta una fórmula médica que ordene nada de lo que solicita lo que llevaría a la improsperidad de la tutela, no obstante, atendiendo a la avanzada edad del paciente y a su condición médica, se ordenará la realización de una visita médica domiciliaria, para que el médico tratante efectúe el test correspondiente y determine si el señor LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES requiere de todo lo que se solicita.

Si en la visita médica, el galeno tratante ordena los servicios e insumos solicitados en todo o en parte, los mismos deberán entregarse en un término de cinco (5) días contados a partir de la expedición de la orden médica.

En cuanto a la solicitud del almipro, la misma se negará toda vez que se encuentra autorizado por la EPS accionada.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora BERTHA BUITRAGO DE DIAZ, como agente oficiosa de LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a EMSSANAR EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice una visita médica domiciliaria al paciente LUIS ALVARO DÍAZ CORRALES para que el médico tratante determine si requiere de **i)** home care, **ii)** cama hospitalaria, **iii)** silla de ruedas, **iv)** enfermería 24 horas, **v)** visita médica periódica, **vi)** transporte

medicalizado y/o auxilio de transporte, **vii)** crema lubriderm y **viii)** guantes y tapabocas.

TERCERO: ORDENAR a EMSSANAR EPS, que una vez efectuada la valoración médica ordenada en el numeral anterior y si el médico tratante ordena el suministro de cualquier servicio o insumo los mismos sean autorizados y suministrados en un término de cinco (5) días contados a partir de la expedición de la orden médica

CUARTO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

QUINTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

SEXTO: ARCHIVARSE el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad. 2023-166-00