



## REPUBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 254

Cali, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

#### I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS, en contra de la EPS EMSSANAR S.A.S y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

#### II. ANTECEDENTES

##### A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante, que desde el año 2017 fue diagnosticada con histerocele grado II y cistoccele grado III por lo que fue atendida en el Hospital Isaias Duarte Cancino durante los años 2019, 2020, 2021 y 2022; en enero de 2023 estando ya lista para cirugía le informaron que debido a la complejidad del procedimiento iba a ser remitida al Hospital Universitario del Valle por ser una IPS de mayor nivel.

2.- Que en junio de 2023 fue remitida al HUV para valoración por ginecología y como ya tenía la orden para cirugía fue valorada por el anestesiólogo, realizó el pago correspondiente y el 15 de agosto le recibieron todos los documentos, sin embargo, siempre que va a preguntar cuando la van a operar le informan que está en lista y debe esperar, con lo cual se está afectando su salud.

##### B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante que se ordene a EMSSANAR EPS y al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE que autorice y realice el procedimiento "*histerectomía vaginal mas colporrafias*" y se le proporcione el tratamiento integral que requiera para su enfermedad.

##### C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 10 de octubre de 2023, este despacho admitió la tutela ordenando oficiar a las entidades accionadas con



el fin de que en el término de dos días se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación de LA ASOCIACION GREMIAL ESPECIALIZADA EN SALUD DEL OCCIDENTE, HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO, el ADRES, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y las SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE y la SECRETARIA MUNICIPAL DE SALUD DE VERSALLES, quienes pueden verse afectados por la decisión que aquí se tome.

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

**EMSSANAR EPS** contesta que: *"que una vez revisada la bandeja de solicitudes hospitalarias en nuestro sistema de información empresarial Conexia Lazos se observa que: "De acuerdo a los soportes aportados en la acción de tutela, la usuaria fue valorada por GINECOLOGIA el día 10/06/2023 en el ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA - CALI ( VALLE ), medico tratante ordena los procedimientos HISTERECTOMIA POR VIA VAGINAL y COLPORRAFIA ANTERIOR Y POSTERIOR, autorizados según NUA 2023001614916 - 2023001614936 para ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA - CALI ( VALLE ), de acuerdo a los soportes aportados en la acción de tutela, la usuaria ya fue valorada por ANESTESIOLOGIA el día 15/08/2023 (Pag 20 ) en el ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA - CALI ( VALLE ) y los soportes son radicados en el ÁREA DE PROGRAMACIÓN QUIRÚRGICA AMBULATORIA (Pag. 13), se sugiere que una orden judicial permita la programación del procedimiento por parte del ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA - CALI ( VALLE )."*

*Por todo lo que su despacho puede observar, los procedimientos médicos a que tenga lugar el accionante, esta entidad se encuentra dando cumplimiento a lo que ha requerido, desvirtuando así omisión o descuido alguno por parte de EMSSANAR EPS, como tampoco se ha hecho caso omiso a lo indicado por los galenos, pues SE HA BRINDADO LA ATENCIÓN EN SALUD REALIZÁNDOSE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNOS Y GESTIONES MÉDICOS EN ARAS DE PROTEGER SU ESTADO DE SALUD Y SE HA PUESTO EN MARCHA DE LA FUNCIONALIDAD DE LA ENTIDAD EN ARAS DE GARANTIZAR Y NO DESAMPARAR AL USUARIO EN LO QUE CORRESPONDE SU ESTADO DE SALUD."*

**HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA,** relaciona la atención que le ha prestado a la accionante y sostiene que: *"el área de programación de cirugía del Hospital Universitario del Valle coordinado por la Dra MARIA CLAUDIA GIL, informa a la*



*oficina jurídica, pro medio de correo electrónico institucional lo siguiente: " con respecto a la paciente MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS cc 29581586, me permito informar que el procedimiento quirúrgico se programa para el día viernes 3 de noviembre de 2023 a las 7:00 am. Desde el área de programación de cirugía nos comunicaremos con la paciente para brindar información adicional con respecto al procedimiento quirúrgico"*

**HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO** sostiene que conforme a lo indicado en la historia clínica de la paciente "El Galeno solicita valoración por Ginecología en un Nivel tres (3) de complejidad por manejo multidisciplinario. 5. Así las cosas, el Hospital Isaías Duarte Cancino E.S.E., se encuentra imposibilitado prestar el servicio que requiere la paciente por ser un nivel dos (2) de complejidad."

**AGESOC** responde: "Aclaremos que entre AGESOC y el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E, suscribieron el contrato sindical No. CP-HUV-23-015 con el objetivo de prestar apoyo a la ejecución del proceso de médicos especialistas y subespecialistas en las diferentes disciplinas para el desarrollo de actividades ambulatorias, hospitalarias y quirúrgicas, que requiera la institución, con las condiciones y requisitos fijados por la entidad.

*Por otra parte, revisada nuestras bases de datos y los libros de registro de afiliados, la señora MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS identificada con numero de cedula 29.581.566, NO tiene ni tuvo ningún vínculo colectivo con AGESOC, ni tiene la calidad de afiliada participe. Con el fin de garantizar la correcta ejecución de este contrato sindical y cumplimiento de las obligaciones establecidas en él, los representada participan en la ejecución de estos."*

**LA SECRETARIA DE SALUD DEL MUNICIPIO DE VERSALLES:** por su parte sostiene que "la accionante no vive en el Municipio de Versalles Valle, no se encuentra evidencia de solicitudes realizadas ante la Secretaría de Salud de este municipio."

**SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL** manifiesta que "Revisada la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social - ADRES- ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD; se evidencia que la accionante se encuentra activa en la Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud EMSSANAR S.A.S sabilidad de esta Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud, garantizarle al menor en forma Integral y oportuna, los servicios,



*suministros, medicamentos y tecnologías 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** sostiene *“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..”*

### **III. PROBLEMA JURIDICO**

Corresponde al Despacho determinar, si EMSSANAR EPS y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE han vulnerado los derechos invocados por la señora MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS por no haberle realizado la cirugía que le fue ordenada por el médico tratante.

### **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."<sup>1</sup>

### **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".

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

<sup>1</sup> Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger



*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." <sup>2</sup>*

### **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 la señora MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS padece de "*PROLAPSO UTEROVAGINAL COMPLETO*" por lo que el médico tratante le ordenó la realización del procedimiento "*histerectomía por vía vaginal y colporrafia anterior y posterior*", lo cual hasta la fecha no se le ha realizado poniendo en riesgo su salud.

Por su parte, EMSSANAR EPS contesta que los procedimientos requeridos ya fueron autorizados para la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, entidad encargada de su programación y en donde la paciente ya fue valorada por anestesiología; afirmaciones que son confirmadas por el HUV en su escrito de respuesta a la tutela, en el que manifiesta que la paciente se encuentra programada para cirugía el día 3 de noviembre de 2023 a las 7: am.

Sin embargo, es claro que la atención en salud que requiere la señora FANDIÑO BURGOS, no se ha materializado y la mera programación de la cirugía no satisface la protección del derecho a la salud y a la vida cuya protección reclama la accionante, pues nada garantiza que llegado el día y la hora la cirugía no se realice por asuntos de carácter administrativo y se le re programe; luego entonces es necesaria la intervención del juez constitucional.

---

<sup>2</sup> Sentencia T-196-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

En consecuencia, se ordenará a EMSSANAR EPS y al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA. que presten efectivamente la atención médico - quirúrgica, programada para el día 3 de noviembre de 2023 a las 7:00 am a la señora MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS, sin que pueda aplazarse, reprogramarse o negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo o de falta de convenio.

Finalmente respecto de la pretendida integralidad, entendida esta como la garantía continua de los servicios médicos, tenemos que decir que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración, razón por la cual se considera que atendiendo a las especificidades del presente asunto, esta no resulta procedente, además hacerlo implicaría adentrarse en un terreno ajeno y desconocido, como lo son las condiciones medico clínicas que varían constantemente, lo cual conlleva naturalmente que los galenos varíen los tratamientos, procedimientos y medicamentos a suministrar, escenario sobre el cual el alto tribunal constitucional ha manifestado que: "*...no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas*".<sup>3</sup> (Énfasis del Juzgado)

A la luz de dicho pronunciamiento, podemos resaltar que no le es dable al juez de tutela fallar en abstracto, respecto de los posibles servicios y/o necesidades médicas que pudiese requerir el accionante, además tal planteamiento acarrearía una imposibilidad jurídica, dado que no resultaría posible determinar sobre qué aspectos estaría dada la integralidad, máxime aun cuando se desconocen las implicaciones que pudiesen ocasionar a futuro sus múltiples diagnósticos, pues bajo estas condiciones se ampliaría ostensiblemente el espectro de consecuencias y necesidades médicas, por tanto de atribuirle a la promotora de salud accionada un fallo en ese sentido implicaría condenar a la EPS una obligación incierta y sin fin.

## **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 MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS.

**SEGUNDO: ORDENAR a EMSSANAR EPS y al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA** que preste efectivamente la atención médico - quirúrgica, programada para el día 3 de noviembre de 2023 a las 7:00 am a la señora MARIA CRISTINA FANDIÑO BURGOS, sin que pueda aplazarse, reprogramarse o negarse la atención por ningún motivo de carácter netamente administrativo o de falta de convenio, siempre que las condiciones médicas de la paciente lo permitan.

**TERCERO: NEGAR** la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto.

**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 Y CUMPLASE**

**LA JUEZ,**



**CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ**

**Rad. 2023-256-00**