



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 155

Cali, doce (12) de julio de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por la señora EIMY YOLIMA ERAZO BENAVIDES, quien actúa como agente oficiosa de su señora madre BARBARITA BENAVIDES PABÓN, en contra de la E.P.S EMSSANAR S.A.S, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante, que su madre de 75 años de edad fue diagnosticada con tumor maligno de exocérvix, por lo que los médicos tratantes le ordenaron la realización de una resonancia de abdomen y pelvis contrastada, para ser leídas por gineco-oncología y oncología.

2.- Que EMSSANAR EPS afirma que no tiene citas para asignarle a la paciente para toma de exámenes y la valoración por los especialistas, por lo que considera, se le está vulnerando el derecho a la salud.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante que se ordene a EMSSANAR EPS que le preste el tratamiento integral que requiere para la patología tumor maligno de cérvix.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 4 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 pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación a la presente acción al HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO, ADRES, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD y posteriormente, mediante auto de 10 de julio de 2023 se ordenó la vinculación de la clínica Nuestra Señora de los Remedios.

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

EMSSANAR EPS contesta, en lo que interesa a este asunto, *"Revisado el caso por el medico Auditor de la entidad Dr OSCAR HENRY BASTIDAS ORTIZ quien manifestó lo siguiente: "Paciente con diagnostico de Tumor Maligno de Exocervix, solicita por medio de tutela Cita por Ginecología y Cita por Ginecología y Ginecología oncológica solicitudes que están cubiertas por PBSUPC Res. 2808 del 2022. Es de aclarar que por la patología que presenta la paciente la atención continua en ALTO COSTO CON ATENCION EN CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE) donde se da manejo interdisciplinario a su patología. Se solicita a soluciones especiales se Autorice Valoración por Oncología."*

Conforme a la Resolución 2808 de 2022, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual actualiza integralmente el PBS para el año 2023; los servicios de salud correspondientes a CITA POR GINECOLOGÍA Y CITA POR GINECOLOGÍA Y GINECOLOGÍA ONCOLÓGICA son catalogadas como PBS, razón por el cual el medico de tuteladas revisa la bandejas de solicitudes en Conexia Lazos, donde logra evidenciar que efectivamente los servicios contratados para ser prestado en la con prestador CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE) , con quien la entidad tiene contratados dichos servicios y en la actualidad están vigentes, por lo anterior solicito Señor Juez sea vinculado a la presente para que dé cumplimiento al contrato. Sin embargo, por la entidad ya hizo acercamiento con el área de soluciones especiales para que realice un acercamiento y sea eficaz la prestación del servicio."

HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO responde *"El HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE ha prestado a la paciente BARBARITA BENAVIDES PABÓN toda la atención en salud que dentro del nivel II de complejidad ofrece el hospital.*

4. La paciente como se evidencia en la evolución del día 22 de junio de 2023, presenta un diagnóstico principal de TUMOR MALIGNO DEL CUELLO UTERINO - SIN OTRA ESPECIFICACION, con remisión a la especialidad de GINECOLOGIA ON COLOGICA, la cual corresponde a un NIVEL III DE ATENCION.

5. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, es claro que el hospital ha proporcionado de manera diligente la atención en salud a la paciente."

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: refiere que como autoridad sanitaria, su función no es la de prestar servicios de salud sino la de garantizarla mediante el direccionamiento de políticas públicas, además luego de citar precedentes jurisprudenciales y normas en materia de salud, afirma que lo requerido por el tutelante debe ser proporcionado por la EPS accionada, pues es una entidad con presupuesto propio, autonomía administrativa, jurídica y



financiera, por tanto llamada a brindar los servicios que el paciente requiera.

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL manifiesta que *"Siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad, estando la accionante ACTIVA en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) EMSSANAR S.A.S 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 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."*

LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD sostiene: *En ese sentido, el derecho solo se quebranta o amenaza a partir de circunstancias que han sido ocasionadas por vinculación directa y específica entre las conductas de personas e instituciones, de manera que debe afirmarse la inexistencia de un nexo causal entre los hechos que motivan la acción de tutela y la vulneración del derecho por parte de la Superintendencia, toda vez que, la prestación del servicio de salud le corresponde a la EAPB."*

III. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar, si EMSSANAR EPS ha vulnerado los derechos invocados por la señora BARBARITA BENAVIDES PABÓN, por no autorizar los exámenes y valoraciones médicas ordenadas por su 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."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".

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

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



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 la señora BARBARITA BENAVIDES PABÓN padece de un tumor maligno de exocérvix, por lo que los médicos tratantes le ordenaron la realización de una resonancia de abdomen y pelvis contrastada, para ser leídas por gineco-oncología y oncología, nada de lo cual le ha sido autorizado ni practicado por la EPS accionada.

Por su parte, EMSSANAR EPS contesta que la orden para valoración por oncología fue autorizada para la Clínica Nuestra Señora de los Remedios, entidad que se vinculó al presente asunto sin que efectuara oportunamente ningún pronunciamiento al respecto, por lo anterior y como quiera que la EPS EMSSANAR acredita la expedición de la autorización para la consulta por primera vez con oncología y la remisión de la misma vía correo electrónico a esa IPS el 7 de julio de 2023 sin que hasta la fecha le haya sido programada, la protección constitucional se torna procedente y en consecuencia, se ordenará a la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, que en el término de tres (3) días programe y realice a la paciente BARBARITA BENAVIDES PABÓN una cita con oncología.

De otro lado, se observa que EMSSANAR EPS nada dijo en su respuesta, respecto de la autorización y programación de la resonancia nuclear magnética de abdomen que le fue ordenada a

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



la señora BENAVIDES PABÓN desde el 22 de junio de 2023 ni de la cita con ginecología, todo lo cual requiere de manera prioritaria atendiendo a la gravedad de la patología que presenta, de manera que la omisión de la atención oportuna conculca de manera ostensible el derecho a la salud y la vida digna de la paciente, quien sufre de una enfermedad catastrófica y por ello es sujeto de una especial protección por parte del estado, por lo que ha debido atenderse de manera diligente y oportuna, de manera que la protección constitucional reclamada, es procedente.

En consecuencia, se ordenará a EMSSANAR EPS que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de este fallo autorice, programe y realice a través de sus prestadores de salud a la paciente BARBARITA BENAVIDES PABÓN la resonancia nuclear magnética de abdomen y la cita con ginecología que le fueron ordenadas por el médico tratante.

Por último y en cuanto a la pretendida integralidad, entendida esta como la garantía continua de los servicios médicos, hay 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 médico clínicas que varían constantemente en el paciente, 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, al juez, "...no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas".³ (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 la accionante, además, tal planteamiento acarrearía una imposibilidad jurídica, dado que no resultaría posible determinar sobre qué aspectos estaría dada la integralidad.

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:

³ sentencia T-196 de 21 de Mayo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora BARBARITA BENAVIDES PABÓN

SEGUNDO: ORDENAR a la CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, que en el término de tres (3) días programe y realice a la paciente BARBARITA BENAVIDES PABÓN una cita con oncología.

TERCERO: ORDENAR a EMSSANAR EPS que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de este fallo autorice, programe y realice a través de sus prestadores de salud a la paciente BARBARITA BENAVIDES PABÓN la resonancia nuclear magnética de abdomen y la cita con ginecología que le fueron ordenadas por el médico tratante.

CUARTO: negar la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto

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

SEXTO: 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).

SEPTIMO: POR SECRETARIA ordenase la notificación personal del agente especial designado de EMSSANAR EPS., Dr. JUAN MANUEL QUIÑONES PINZON con C.C. 10.536.147 a la dirección electrónica emssanarsas@emssanar.org.co.

OCTAVO: ARCHIVASE el expediente en su debida oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad. 2023-0155-00