



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA N° 164

Santiago de Cali, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Proferir sentencia en la acción de tutela incoada por el señor ALEXANDER GALVIZ ROMAN en contra de la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II.- ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta el accionante, que padece de cáncer de pulmón, por lo que se le ordenó una cita con el oncólogo de manera prioritaria y una tomografía, nada de lo cual se le ha realizado por la EPS, con lo cual se vulnera su derecho a la salud.

B. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE.

Solicita el accionante, que se ordene a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, que le brinde el tratamiento integral para la enfermedad que padece.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto del 10 de julio de 2023, este despacho admitió la presente acción de tutela, ordenando en consecuencia oficiar a la entidad accionada y vinculadas, para que en el término de dos días se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y se dispuso además, la vinculación de CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, SOCIEDAD DE CIRUJANOS DE TORAX, ADRES, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y las SECRETARIAS DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD.

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

SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS no contestó la demanda.

LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD: sostiene que, *"siendo concordantes con el Principio de integralidad y continuidad estando el accionante activo en la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) S.O.S. EPS S.A.S, DENTRO DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO ,es responsabilidad de esta entidad, garantizarle 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.."*

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: manifiesta que existe falta de legitimación en la causa, toda vez que no tiene participación en la ocurrencia de los hechos materia de la tutela.

ADRES manifiesta que: *"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.."*

EL MINISTERIO DE SALUD responde: *"En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas."*

III.- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta instancia determinar, si bajo las circunstancias medicas del señor ALEXANDER GALVIZ ROMAN, resulta procedente la tutela para ordenar autorizar el servicio médico pretendido, en caso de serlo, se establecerá si resultó vulnerado su derecho a la

salud, por no haberse autorizado y realizado el examen y la cita con especialista en oncología que requiere.

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, estedespacho 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 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

A.- 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 ALEXANDER GALVIZ ROMAN padece de cáncer de pulmón por lo que los médicos tratantes le ordenaron una cita prioritaria con el

oncólogo y la realización de una tomografía, nada de lo cual se le ha realizado por la EPS, lo cual atenta contra su derecho a la salud.

Por su parte la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS no contestó la tutela y guardó silencio durante todo el trámite constitucional, situación por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad, instrumento estatuido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por lo que los hechos expuestos en el escrito tutelar serán tenidos como ciertos, como sanción al desinterés o negligencia de la citada institución.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS no ha autorizado al señor ALEXANDER GALVIZ MARIN la cita con oncología y la realización de la tomografía por emisión de positrones PET TC que le fue ordenada desde el 9 de junio de 2023, que la omisión de la atención oportuna conculca de manera ostensible el derecho a la salud y la vida digna del 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, la protección constitucional reclamada, es procedente.

En consecuencia, se ordenará a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y realice al señor ALEXANDER GALVIZ MARIN, la cita con oncología y la realización de la tomografía por emisión de positrones PET TC en una de las IPS con la cual tenga convenio.

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 medico 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".¹ (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

¹ sentencia T-196 de 21 de Mayo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por el señor ALEXANDER GALVIZ MARIN

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y realice al señor ALEXANDER GALVIZ MARIN, la cita con oncología y la realización de la tomografía por emisión de positrones PET TC en una de las IPS con la cual tenga convenio.

TERCERO: NEGAR la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

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 en su oportunidad

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad.- 2023-163-00



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Juzgados Civiles de Ejecución
de Sentencias
Cali - Valle del Cauca

SIGCMA