

**JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE
CALI**

Santiago de Cali, once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA No.135/2023
ACCIONANTE Gloria Mina Mosquera
ACCIONADA Emssanar SAS y otra
RADICACIÓN 76001-43-03-006-2023-00154-00

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela que ante esta jurisdicción Constitucional impulsó la accionante de la referencia en nombre propio, contra la entidad *EMSSANAR EPS S.A.S*, a la cual se vinculó como tercero interesado a la *IPS CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS DE CALI*, por la presunta violación de los derechos fundamentales de la salud y la vida en condiciones dignas

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Los hechos con los que la actora sustenta la acción constitucional se extractan de la siguiente manera:

1. La accionante actualmente se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) a la EPS Emssanar, como beneficiaria del régimen en condición de cabeza de familia.
2. Señala que en el mes de abril del año que avanza le fue diagnosticado *carcinoma escamocelular N.O.S. moderadamente diferenciado invasivo- tumor de comportamiento incierto o desconocido*, lo que le ocasiona dolor pélvico y lumbar, así como sangrado vaginal y hemorragias. Por este diagnostico ha sido valorada por medicina general y urgencias y le han realizado una serie de exámenes médicos, sin embargo, no ha sido valorada por especialista en oncología, lo que considera le genera un deterioro a su salud.

PRETENSIONES

Basada en sus relatos y pruebas anexas, la accionante, solicita el amparo de los derechos invocados. En consecuencia, solicita se ordene a la EPS accionada la atención integral sin dilaciones de los servicios requeridos para el tratamiento de su patología.

IDENTIDAD DE LA ACCIONANTE

En el caso sometido a conocimiento, se trata de la señora Gloria Mina Mosquera, identificada con c. de c. No. 38.611.924, quién interviene para la defensa de sus derechos fundamentales. Como dirección para efectos de notificación indicó la Diagonal 26 G11 No. 73B- 53 del barrio Marroquín II etapa de la ciudad de Cali, celular 3105985058 y correo electrónico miguelangelduquemina8@gmail.com.

IDENTIDAD Y CALIDAD DE LA ACCIONADA Y VINCULADA

En este asunto la destinataria de la acción es una entidad particular encargada de la prestación de un servicio público, como lo es el de salud y seguridad social, cuyas actuaciones u omisiones afectan a los afiliados y usuarios, en este evento y en principio la entidad *Emssanar EPS S.A.S.*, domiciliada en Cali, quien debía comparecer a través de su representante legal o apoderado. Igualmente, para el caso la vinculada *IPS Clínica Nuestra Señora de los Remedios de Cali*.

LEGALIDAD DE LA SOLICITUD

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, y sus Decretos reglamentarios 2591/91, 306/92 y acorde con las reglas de reparto, en particular el Dcto. 333 /2021 – abril 6 –, la actora ha promovido la presente acción, en procura del amparo de los derechos fundamentales que le asisten, entre ellos la vida en condiciones dignas en relación con la salud y la seguridad social.

ACTUACIÓN PROCESAL

Correspondió por reparto a este Juzgado la presente acción y constatado el cumplimiento de los requisitos mínimos de formalidad exigidos por el art.14 del Decreto 2591 de 1991, se avocó el trámite por auto No 002731 del 27 de junio de 2023, disponiendo la notificación de la accionada y la vinculada *Hospital Universitario del Valle HUV*, a cuyo representante se le requirió para que dentro del término de dos (2) días siguientes al recibo de la notificación, ejerciera el derecho de defensa y se pronunciara sobre los hechos y pretensiones materia de la acción.

En este acápite es preciso recordar que el Despacho no encontró necesario la integración a la presente acción, de la Secretaría de Salud Distrital de Cali ni Departamental del Valle, como tampoco al Ministerio de Salud - ADRES -, toda vez que en caso de la generación de atenciones, procedimientos o suministros no contenidos en el PBS, todo derecho o posibilidad de recobro por costos, deberá hacerse directamente por la entidad interesada, bajo las normas y procedimientos que regulan la materia, toda vez que decantado está por la jurisprudencia, que no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre si procede o no el recobro en caso de accederse a la protección constitucional, pues dicha prerrogativa procede de derecho para las garantes de los servicios de salud.

Para los fines pertinentes se le corrió traslado del auto y anexos al Dr. JUAN MANUEL QUIÑONES PINZÓN, Agente Especial, designado por la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de la toma de posesión de Emssanar SAS, según Resolución 2022320000000292-6 del 02/02/2022.

La medida provisional solicitada no fue decretada por no encontrar el despacho que cumpliera con los requisitos establecidos por la normatividad en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, se ordenó enterar a la accionante sobre el avocamiento e impulso de la acción constitucional.

Mediante auto No. 002914 del 6 de julio de 2023 se vinculó como tercero interesado a la IPS CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS DE CALI, a la cual se le otorgó el término de 1 día para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

En el mismo auto se conminó a la accionante informara si ya había realizado las gestiones para la concreción del servicio autorizado por Emssanar S.A.S.

INTERVENCIONES

1. El 28 de junio de 2023, la apoderada de la IPS Hospital Universitario del Valle, indicó que a la accionante se le ha brindado la atención que requiere conforme las indicaciones de los médicos tratantes, conforme las autorizaciones de la EPS a la cual se encuentra afiliada. Finaliza solicitando la desvinculación del HUV por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2. El 29 de junio de 2023, la apoderada de la entidad accionada Emssanar EPS S.A.S., señaló que dentro del escrito de tutela no existe una petición específica, que se puede evidenciar que lo que solicita es la consulta por especialista en oncología, la cual ya se encuentra incluida dentro del PBS, que la misma fue autorizada bajo la orden No.2023001349150 direccionada para la *IPS Clínica Nuestra Señora de los Remedios de Cali*, por lo que es responsabilidad de la IPS asignar la fecha para la cita, pues el mismo ya fue autorizado.

Como sustento de lo aseverado, la defensa allega documento relativo a la previsualización de la autorización y direccionamiento del servicio requerido por la usuaria, documento que corresponde al recuadro que a continuación se exhibe, y en el que aparece con detalle la descripción del servicio, su autorización y

direccionamiento al prestador adscrito Clínica Nuestra Señora de Los Remedios de la ciudad de Cali.

PREVISUALIZACIÓN DE AUTORIZACIÓN

ESTE DOCUMENTO ES SÓLO INFORMATIVO Y NO REEMPLAZA LA AUTORIZACIÓN

NÚMERO DE AUTORIZACIÓN: 2023001349150		Fecha: 17/05/2023	Hora: 09:11
IPS Autorizada: CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS - CALI (VALLE)		NIT/CC: 890301430	
Código: 760010112501	Dirección prestador: AV 2 N # 24 - 157		
Departamento: VALLE DEL CAUCA	76	Municipio: CALI	001
Teléfono: 6023865040-3213354582-3009125114			
DATOS DEL PACIENTE			
Nombre del afiliado:		MINA MOSQUERA GLORIA	
Tipo de identificación:	CC	Número de identificación:	38811924
		Fecha de nacimiento:	27/03/1982
Régimen afiliación:	SUBSIDIADO		
Dirección de residencia habitual: DG 26G 11 77 53		Teléfono: 6024230693	
Departamento: VALLE DEL CAUCA	76	Municipio: CALI	001
Teléfono celular: 3176211263		Correo electrónico: miguelangelduqueminas@gmail.com	
SERVICIOS AUTORIZADOS			
Ubicación del paciente al momento de la solicitud de autorización:			
<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Consulta externa	Hospitalización	Urgencias	Servicio
			Cama
SERVICIO	CÓDIGO	CANTIDAD	
CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ONCOLOGIA	890278	1	

Por lo anterior, solicita se desvincule a la entidad que representa por no existir vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

3. El 30 de junio de 2023 se corrió traslado a la accionante de la respuesta entregada por la EPS accionada para que se manifestara si lo consideraba pertinente.

4. El 7 de julio de 2023, la directora médica de la *Clínica Nuestra Señora de los Remedios de Cali* señaló que, el 22 de junio de 2023 fue valorada la paciente por atención del tratamiento para *tumor maligno de exocérvix, carcinoma in situ del endocérvix*, siendo ordenado tratamiento con ácido tranexámico tabletas de 500 mg. Adicional a esto, se asignó cita para la especialidad en oncología clínica para el día *11 de julio de 2023 a las 4.30 p.m.* Conforme lo anterior solicita que se desvincule a la entidad que representa de la presente acción constitucional por la inexistencia de violación a los derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es la figura consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991. Está concebida como un mecanismo de defensa y protección inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591.

Preliminarmente, es conveniente hacer referencia a los requisitos generales de procedibilidad de la acción y de resultar acreditados, entonces será menester abordar el estudio de fondo del derecho, para así arribar a la decisión que en derecho resultare.

Previamente es necesario revisar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, los cuales ha establecido la Corte Constitucional, entre ellos el de la inmediatez, subsidiariedad, relevancia de derecho constitucional, legitimación por pasiva y por activa. En el caso concreto, encuentra el Despacho que se cumplen todos en su integridad.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha establecido que esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También fue copiosa la jurisprudencia, referida a que el derecho a la salud debía considerarse como fundamental por conexidad¹, cuando en determinados casos, su protección recae directamente en otro derecho fundamental como la vida digna, procediendo a ordenar la práctica de tratamientos, en virtud de la primacía de la Constitución al amparar el citado derecho fundamental.

Posteriormente la misma Corte moduló sobre la salud como derecho fundamental de aplicación directa, manifestando en la sentencia T-540 de 2009:

“En reiteradas ocasiones, durante los últimos años esta Corporación enfatizó la garantía por parte del Estado del derecho a la salud, en vista de las constantes situaciones y reclamos presentados respecto a su efectivo cumplimiento, puesto que en la gran mayoría de los casos los accionantes se vieron afectados a causa de la inobservancia por parte de las entidades prestadoras del servicio, en temas recurrentes como la negación de un medicamento o la realización de tratamientos. Recientemente, ésta Corte en la Sentencia T-760-08² se refirió, en forma general, a la necesidad de dar a los ciudadanos acceso preferente al servicio de salud, teniéndose éste como un derecho fundamental de aplicación directa, cuya protección no sólo se logra invocándolo como derecho conexo con el derecho fundamental a la vida digna (como se venía estableciendo anteriormente), sino estatuyendo que en ciertas circunstancias goza de un carácter “autónomo”. De dicha Sentencia, se destaca lo siguiente:

*“Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el **derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’**, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el*

² T-760-08 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

*bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. **En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud**, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵”*

En la misma Sentencia, se hace aclaración expresa de las vías por las cuales la Corte estableció que se protege el derecho a la salud, haciendo énfasis en su carácter de fundamental. Respecto de lo cual señala lo siguiente:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”

³ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...).” En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

Así pues, la jurisprudencia constitucional superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud solo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otros derechos fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho fundamental 'autónomo'.⁶ La Corte también consideró explícitamente 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.”

De igual forma, el artículo 13 superior en su inciso final, establece la obligación del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. De tal manera, la efectividad de la acción reside en la posibilidad de que, si el juez observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho invocado.

De modo que agotado el recuento de la situación que motivó la acción y atendiendo el material probatorio acopiado, puede el Despacho resolver lo concerniente a los derechos fundamentales invocados por la solicitante, pudiéndose establecer que los aludidos en esta acción, son los contenidos en el artículo 11 y 48 de la Constitución Política, es decir, los derechos a la vida digna en relación a la salud y la seguridad social, así lo indica la narración que sirve de fundamento a la solicitud de tutela.

En primer término, se deja por establecido que la actora se encuentra afiliada a la EPS Emssanar del régimen subsidiado y que ha sido en el HUV y en la Clínica Nuestra Señora de los Remedios donde le han venido prestando la atención por el diagnóstico de tumor maligno de exocérvix, carcinoma in situ del endocérvix, significando que la primera de las citadas entidades está legitimada por pasiva y por ende es la que soporta la obligación garantizar la atención en lo referente a los servicios requeridos y direccionados a la IPS.

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en renglones anteriores, así como del material probatorio recaudado, esta instancia, observa que en el caso bajo estudio debe analizarse si la EPS, está vulnerando los derechos de salud y vida digna de la accionante por no brindar servicios de salud para el tratamiento médico de sus patologías.

CASO CONCRETO

En este orden de ideas, de acuerdo con lo manifestado desde un comienzo por la accionante, su interés primordial consistía en que la *EPS Emssanar* le brindara una atención médica para el tratamiento de su patología *tumor maligno de exocérvix, carcinoma in situ del endocérvix*, no en tanto, no especificó un servicio que

⁶ Así, por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

estuviese siendo negado por la EPS accionada, vulnerando así sus derechos fundamentales. Sin embargo, se pudo evidenciar que tenía pendiente la autorización y asignación de valoración por especialista en oncología, por lo que a este servicio se encaminó la valoración de los derechos fundamentales.

De acuerdo con las circunstancias iniciales, resultaba aceptable el soslayo de los derechos fundamentales de la señora Mina Mosquera. Sin embargo, también es importante anotar que la *EPS Emssanar* y la *IPS Clínica Nuestra Señora de los Remedios* durante el trámite tutelar informaron que la valoración por especialista en oncología ordenada por el galeno tratante fue programada para el *11 de julio de 2023 a las 4:30 p.m.*, situación de la cual está enterada la usuaria, según comunicación vía celular con este Despacho, actuación que sin duda hace cesar la causa que originó la impulsión del mecanismo constitucional, por lo que, conforme al giro positivo de las circunstancias, resulta propicio reseñar lo lineado por la Corte Constitucional al respecto:

“Esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley. “Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus ACCIÓN está amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos.

“No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”⁷.

Así las cosas, como quiera que al haberse superado el hecho que dio origen a la solicitud constitucional, tal y como lo informó y acreditaron las entidades involucradas, aunado al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución, por lo que estima el Despacho satisfecha la pretensión esencial de la accionante, por lo que al decir de la Corte *“La tutela pierde la eficacia e inmediatez y por ende su justificación constitucional”*. En consecuencia, ante las variaciones favorables a los intereses de la afectada, no es viable obligar a las accionadas, a

⁷ Sentencia T-308 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

ejecutar lo ya solucionado. Por lo anterior se declarará la carencia actual del objeto por configurarse el hecho superado.

Con todo, no deja el juzgado de llamar la atención, tanto a la *EPS Emssanar S.A.S.*, como a la *IPS Clínica Nuestra Señora de los Remedios*, para que a futuro se brinde la atención oportuna de la señora Gloria Mina Mosquera conforme a las órdenes médicas de los galenos tratantes para el tratamiento de la patología *tumor maligno de exocérvix, carcinoma in situ del endocérvix*, evitando así que la usuaria deba acudir a la Administración de Justicia.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela impetrada por la señora **Gloria Mina Mosquera**, contra **EMSSANAR EPS SAS** y a la **IPS CLINICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS DE CALI**, ante la carencia actual de objeto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. - **hecho superado** –

SEGUNDO: Desvincular de la acción constitucional a la **ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “HUV”** por no estar incurso en hechos violatorios de los derechos fundamentales de la accionante.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a todos los interesados, en la forma como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591/91.

CUARTO: En el evento de no impugnarse este fallo, y conforme a las nuevas disposiciones, remítanse las diligencias dentro del término legal, a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Artículo 31 Decreto 2591/91.

QUINTO: Al regresar de la Corte Constitucional, excluida de revisión la actuación, se procederá por el Área pertinente de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Cali, con su archivo definitivo dejando los registros de rigor en el Sistema de Justicia XXI.

Notifíquese,



(firma escaneada)
JOSÉ RICARDO TORRES CALDERÓN
JUEZ

j.r//*