



JUZGADO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI

Santiago de Cali, cuatro (4) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA	No.183/2023
ACCIONANTE	Yolima Alejandra Aldana Díaz (R. L. menor)
ACUDIDO	Josué Castañeda Aldana
ACCIONADA	Servicio Occidental de Salud SOS EPS S.A.
RADICACIÓN	760014303-006-2023-00209-00

MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela que ante esta jurisdicción Constitucional impulsó la señora **YOLIMA ALEJANDRA ALDANA DÍAZ**, como representante legal del menor **JOSUÉ CASTAÑEDA ALDANA**, NUIP 1.109.564.259, contra la entidad **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, con domicilio y representación en la ciudad 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 se sustenta la acción constitucional se extractan de la siguiente manera:

1.- Manifiesta la accionante que el menor **JOSUÉ CASTAÑEDA ALDANA**, tiene 5 años de edad y se encuentra diagnosticado con Autismo no hablante. Precisa que, el 10 de octubre de 2022, **ESE HOSPITAL GERIÁTRICO Y ANCIANATO SAN MIGUEL** le otorga certificado evidenciando que el menor tiene una discapacidad múltiple, intelectual y psicosocial.

2.- Que el 15 de junio de 2023, su médico tratante de la Fundación Valle de Lili, ordena la realización de terapias de modificación de la conducta tipo ABA, de manera domiciliaria y con entrenamiento a los cuidadores en técnicas básicas de modificación conductual, terapias fonoaudiológica integrales domiciliarias y terapia ocupacional integral ocupacional. Además, el médico recomienda que se realicen terapias acuáticas.

3.- Informa que, solicitó a la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD. S.O.S.**, la realización de las terapias, pero le manifestaron que no había cupos para direccionarlo y que no ofrecen el servicio de terapia ocupacional, razón por la cual no lo podían agendar, considerando que así vulnerados sus derechos fundamentales, impidiendo tener vida en condiciones dignas.

4.- Finalmente narra que, el 29 de junio de 2023 presentó un derecho de petición dirigido a la EPS, en el que solicitaba se realicen las terapias en casa, sin que, a la fecha de la acción, hubiese recibido respuesta.

PRETENSIONES

Basada en sus relatos y pruebas anexas, la accionante, solicitó el amparo de los derechos invocados. En consecuencia, se ordene a **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, se le realicen a su protegido, las terapias de *Fonoaudiología integral 3 veces por semana durante 4 meses de manera domiciliaria*, se le realicen *terapias Ocupacionales Integrales, 3 veces por semana, durante 4 meses, de manera domiciliaria*, que se le realicen *terapias acuáticas*, de manera subsidiaria, que si no autorizan el servicio domiciliario para realizar las terapias, que se suministre el pago de transporte.

IDENTIDAD DE LA ACCIONANTE

En el caso sometido a conocimiento, se trata de la señora **Yolima Alejandra Aldana Díaz**, identificada con c. de c. No.1.065.586.753, quien acude a la jurisdicción como representante del menor **Josué Castañeda Aldana**, identificado NUIP 1.109.564.259 para la defensa de sus derechos fundamentales, para efectos de notificación indicó la dirección Calle 34 N. 100A -150. Barrio Valle de Lili, Santiago de Cali (Valle del Cauca). Correo Electrónico: alejandraaldana.d@gmail.com
camila.lopezjaramillo17@gmail.com

IDENTIDAD Y CALIDAD DE ACCIONADA Y VINCULADA

En este asunto la destinataria de la acción, es una entidad 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 la **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, con domicilio y representación en la ciudad 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, la actora promovió la presente acción, en procura del amparo de sus derechos fundamentales de su procreado, entre ellos la vida en condiciones dignas en relación con la salud y la seguridad social.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por el sistema de reparto fue asignada 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 003673 del 23 de agosto

de 2023, disponiendo la notificación al representante legal de la accionada, a quien 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 consideró necesario la integración a la presente acción entre otros a la *Secretaría de Salud Distrital de Santiago de Cali, Departamental del Valle del Cauca y la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, "ADRES"*, toda vez que, en caso de la generación de atenciones, procedimientos o suministros excluidos del PBS, con el cumplimiento del fallo de tutela y en caso de existir derecho de recobro, el mismo debe hacerse directamente por la entidad interesada, bajo las normas y procedimientos que regulan la materia, puesto que decantado está por la jurisprudencia constitucional, que no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre si procede o no dicho concepto.

Se ordenó enterar a la accionante sobre el avocamiento e impulso de la acción constitucional, siendo requerida para que de inmediato informara sobre cualquier novedad o solución anticipada y extra proceso.

INTERVENCIONES

Pese, a la oportuna y debida notificación de la accionada **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, desde el 23/08/2023, de ninguna manera se obtuvo respuesta, es decir, que hallándose rebasado el término perentorio, por ningún medio su representante, delegado o apoderado, emitió respuesta alguna respecto de los hechos y pretensiones de la acción constitucional, pese al requerimiento expreso del Despacho, remitido a los correos electrónicos correspondientes. Así las cosas, frente a la actitud renuente de la accionada, queda al Despacho la vía expedida para dar aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, presumiendo como ciertos los hechos y proceder a resolver la solicitud conforme a derecho.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos constitucionales de las personas, cuando con la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previamente establecidos en la ley, resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio defensa judicial, o aun existiendo, si la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

Previamente es necesario aludir al 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, protección de derecho constitucional, legitimación por pasiva y por activa. En el caso concreto, encuentra la instancia que en la presente acción se cumple con todos.

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 abundante 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.

Sin embargo, posteriormente la misma Corte moduló sobre la salud como derecho fundamental de aplicación directa, manifestando:

“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 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*

¹ Ver entre otras las sentencias la SU-180 de 1997 y T-1255 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-488 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarúa.

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

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

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”

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.⁷

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.”

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

⁷ Sentencia T-540 de 2009.

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.

También es ampliamente, sabido que 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.

Así entonces, agotado el recuento de la situación que motivó la acción y atendiendo el material probatorio acopiado, las manifestaciones de la accionante como los argumentos de la vinculada y la actitud silente de la directa accionada, corresponde al Despacho resolver lo concerniente a los derechos fundamentales invocados, pudiéndose establecer que los aludidos entre otros son los descritos en los artículos 11 y 48 de la Constitución Política, es decir, la salud y vida en condiciones dignas como la seguridad social, lo cual se infiere de la narración que sirve de sustento a la solicitud.

CASO CONCRETO

Acudió la ciudadana *YOLIMA ALEJANDRA ALDANA DIAZ*, en calidad de representante de su menor hijo *JOSUÉ CASTAÑEDA ALDANA*, al mecanismo constitucional de la acción de tutela en procura de que se ordene a la accionada **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, autorizar las terapias de *Fonoaudiología integral 3 veces por semana durante 4 meses de manera domiciliaria*, se le realicen terapias Ocupacionales Integrales, 3 veces por semana, durante 4 meses, de manera domiciliaria, que se le realicen *terapias acuáticas*. Y de manera subsidiaria, si no otorgan el servicio domiciliario para realizar las terapias, que se suministre el pago de transporte, tratamientos ordenados por el médico tratante, para el manejo del diagnóstico de *Autismo no hablante*.

En este orden de ideas y de acuerdo con lo expresado por el accionante, no hay duda que los derechos fundamentales de la salud y vida digna de su agenciado hijo, se encuentran directamente amenazados por la accionada, dado que se ha tardado en la autorización de las terapias de *Fonoaudiología integral 3 veces por semana durante 4 meses de manera domiciliaria, terapias Ocupacionales Integrales, 3 veces por semana, durante 4 meses, de manera domiciliaria, terapias acuáticas*, o en su defecto de no accederse a la prestación domiciliaria; subsidiariamente que, se proporcione servicio de transporte para realizar las terapias ordenados por su médico tratante. De ahí la necesidad de brindar la protección del derecho fundamental de la salud y vida digna, en pro de la dignidad y calidad de vida del afectado. La situación de vulneración además del sustento fáctico de la actora, también se vislumbra con la actitud renuente

de la entidad accionada al no responder al llamado de la autoridad, demostrando así además del desacato de la citación judicial, un abierto incumplimiento de sus obligaciones como aseguradora de los servicios de salud que requiere el agenciado menor **JOSUÉ CASTAÑEDA ALDANA**, de ahí que se abra paso el amparo constitucional, puesto que se está frente a la vulneración de los derechos fundamentales de un menor de edad, los cuales según el artículo 44 de la C. Política, gozan de prevalencia sobre los derechos de los demás.

Finalmente, respecto a la solicitud subsidiaria de que se ordene el servicio de transporte especial, esta instancia, no accederá a dicho pedimento, dado que no existe criterio u ordenación médica que justifique el reclamado servicio, sin embargo, no se desconoce la situación compleja según diagnóstico que padece el menor agenciado, lo que sin duda hace mella en la economía familiar, razón por la cual podrá la acudiente procurar que el médico tratante bajo su criterio autónomo proceda con la justificación de la necesidad y pertinencia del servicio de transporte para el asistir a las terapias en sede distinta al domicilio del usuario, y de ser prescrito médicamente ese servicio, deberá la garante proceder con su autorización y prestación.

Ante las circunstancias particulares, 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: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de la salud y vida digna, del menor **JOSUÉ CASTAÑEDA ALDANA**, quien está representado y acudido por su señora madre **YOLIMA ALEJANDRA ALDANA DIAZ**, derechos que están siendo violados por la entidad **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de **SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**, o quien tenga a cargo el cumplimiento de fallos de tutela, si aún no se hubiere hecho, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, disponer la autorización y práctica con el prestador idóneo adscrito de las **TERAPIAS DE MODIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TIPO ABA DE MANERA DOMICILIARIA Y CON ENTRENAMIENTO A LOS CUIDADORES; FONOAUDILOGÍA INTEGRAL 3 VECES POR SEMANA DURANTE 4 MESES DE MANERA DOMICILIARIA; TERAPIAS OCUPACIONALES INTEGRALES 3 VECES POR SEMANA, DURANTE 4 MESES DE MANERA DOMICILIARIA; Y TERAPIAS ACUÁTICAS**; todo en la forma y condiciones prescritas por los médicos tratantes,

según ordenaciones documentadas con fecha 15 de junio de 2023 y 19 de julio de 2023.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a todos los interesados, en la forma que 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 y/o electrónica)
JOSÉ RICARDO TORRES CALDERÓN
JUEZ

j. r.//dmm