



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Código 190013103001

Sentencia de 2ª Instancia N° 029
Popayán, veinticuatro (24) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Ref.: **Acción de Tutela**
Accionante: **Víctor Daniel Cotacio Sánchez** - Ag. Ofic. de **Elvira Sánchez de Cotacio**
Accionada: **Emssanar EPS**
Vinculada: **Administradora de los Recursos del SGSSS**

Rad.: **190014189004-202200259-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, obrando como Juez Constitucional, a resolver la impugnación interpuesta por Emssanar EPS, contra la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), el 16 de mayo del 2022, dentro de la referenciada acción de tutela, que amparó el derecho fundamental a la salud, de la actora.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

La agente oficiosa, mediante medida provisional y urgente, solicitó al juez constitucional, que ordenara a Emssanar EPS, en favor de su agenciada, garantizarle la realización del procedimiento denominado

cirugía de cabeza y cuello, y todo cuanto sea necesario, para tratar su diagnóstico de tumor maligno de la cabeza – cara y cuello, amigdalitis crónica.

Aparte, solicitó que, dentro del tratamiento integral en salud, sean ordenados los viáticos para la paciente, y su acompañante, en caso de ser remitida a una IPS de otra ciudad.

1.2. Fundamentos fácticos y probatorios.

La agente oficiosa señaló como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Su madre tiene 81 años.
- ✓ Está inscrita en el régimen subsidiado de Emssanar EPS.
- ✓ Le fue diagnosticado tumor maligno de la cabeza – cara y cuello, amigdalitis crónica.
- ✓ Vive en el Municipio de Inzá (C).
- ✓ Desde el 22 de abril pasado, se encuentra hospitalizada en el Hospital Universitario San José de Popayán, a la espera que le sea practicada cirugía de cabeza y cuello, ordenada por el especialista en otorrinolaringología, 10 días antes de la interposición de la tutela.
- ✓ Considera que la accionada EPS ha sido negligente en garantizar la prestación del servicio de salud.

Con el escrito de tutela allegó archivo PDF de los siguientes documentos:

- ✓ Documento de identidad.
- ✓ Historia clínica.

2. Trámite de la primera instancia.

El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, quien la admitió mediante auto del 4 de mayo del 2022, ordenando la notificación a Emssanar EPS, y a la vinculada Adres, a quienes les corrió el respectivo traslado por el término de dos (2) días, para que manifestaran todo lo que supieran y les constara, respecto de los hechos objeto de la acción de tutela. En esa misma oportunidad decretó la solicitada medida provisional. A lo ordenado en el auto se le dio cabal cumplimiento.

3. Contestación.

3.1. El Apoderado Judicial de Emssanar EPS, indicó que la consulta con el especialista en cirugía de cabeza y cuello, fue autorizada en el Hospital Universitario del Valle, por lo que está pendiente la asignación de la cita.

Manifestó que se oponía a que se ordenara la integralidad en salud; y que la tutela debía ser negada, porque no se evidenciaba violación de derechos fundamentales.

3.2. El Apoderado Judicial de Adres solicitó (i) la desvinculación de su representada; (ii) negar toda solicitud de recobro por parte de la accionada EPS; y, (iii) modular la decisión, para no afectar la estabilidad del SGSSS.

4. Decisión de la *a quo*.

La decisión tomada por el juzgado cognoscente, en el presente caso, fue favorecedora de las pretensiones de la agenciada, dado que tuteló el derecho fundamental a la salud y, en consecuencia, ordenó a la accionada EPS que, en el término allí indicado, procediera a garantizar

el tratamiento médico integral para el diagnóstico de tumor maligno de cabeza – cara y cuello, y amigdalitis crónica.

5. La impugnación.

Frente a este pronunciamiento, la EPS accionada procedió a impugnarla oportunamente, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia, centrando sus argumentos en la integralidad en salud ordenada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho es competente para conocer y resolver la segunda instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico.

En el sub júdece, el Despacho debe determinar si el fallo de primera instancia motivo de la impugnación, se encuentra o no ajustado a derecho.

3. Tesis del Despacho.

Con el fin de resolver el problema jurídico, el Despacho sostendrá la tesis de que la *a quo* actuó conforme a la legalidad, cuando tuteló el deprecado derecho fundamental de una persona que, por su edad y diagnóstico, es considerada sujeto de especial protección constitucional y, en consecuencia, ordenó la integralidad en salud, para el diagnóstico de tumor maligno de cabeza – cara y cuello y amigdalitis crónica; no obstante, adicionará la censurada decisión, en

el sentido de ordenar los solicitados viáticos para la agenciada y su acompañante, ya que, por el régimen en el que se encuentra inscrito, se presume una situación económica precaria y, además se observa que deberá desplazarse a la ciudad de Cali, para acudir a la cita de consulta de primera vez con el especialista en cirugía de cabeza y cuello.

5. Procedencia de la acción.

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas. Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción; es decir, que el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

5. Caso Concreto.

En el caso que nos ocupa, se tiene que la agente oficiosa solicitó para su señora madre, la realización de cirugía de cabeza y cuello, junto con la integralidad en salud, para el diagnóstico de tumor maligno de la cabeza – cara y cuello, amigdalitis crónica, incluyendo los viáticos, en caso de tener que desplazarse a otra ciudad, para acudir a citas médicas ordenadas por el médico tratante.

La accionada EPS aportó la autorización para la consulta por primera vez por especialista en cirugía de cabeza y cuello, a realizarse en el Hospital Universitario del Valle.

Adres, por su parte, solicitó su desvinculación, al no estar legitimada en la causa por pasiva.

La a quo salvaguardó el derecho fundamental a la salud de la agenciada, por lo que ordenó que se garantizara la atención integral en salud para el mentado diagnóstico.

La decisión de primera instancia fue impugnada por la pasiva, quien consideró que se debería revocar la ordenada integralidad, por fundarse en hechos futuros e inciertos.

Al respecto, con miras a confirmar lo decidido por la juez de primera instancia, se atenderá las conceptualizaciones de la Corte Constitucional¹ respecto de que: (i) el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable; (ii) los servicios de salud deben ser prestados de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud; (iii) el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato, y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción,

¹ Sentencia C-313 de 2014

prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas, está radicada en el Estado; y, (iv) se trata de un servicio público esencial y obligatorio, que se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Igualmente, la Corte Constitucional², se ha pronunciado frente a la protección que el Estado le debe brindar a las personas que por su edad se encuentran en situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad manifiesta, pues ellas afrontan el deterioro natural del organismo, lo que conlleva a que sean más propensas a padecer diversas enfermedades.

Ante esta realidad, dicha Corporación³, ha dejado claro que las personas de la tercera edad, hacen parte de los sujetos de especial protección constitucional. Por lo anterior se hace necesario, que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran.

En otro pronunciamiento, el Máximo Tribunal Constitucional⁴, ha considerado que la acción de tutela es procedente cuando: « (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.» y también expresó que: « la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico – científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido

² Sentencia T-014 de 2017

³ Sentencia T-014 de 2017

⁴ Sentencia T-1182 de 2008

de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios.»

En otra oportunidad, el Máximo Tribunal Constitucional, respecto a las personas que han sido diagnosticadas con enfermedades catastróficas o existe sospecha de que las padecen, ha adoctrinado lo siguiente:

*«4.5. Así las cosas, **a quienes padecen de enfermedades catastróficas, como el cáncer, se les debe garantizar siempre un tratamiento integral**, en los términos, que de igual manera, se establecieron en el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015, garantizándoseles el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no".*

*De manera que, **a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continúa y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente.** Bajo esta concepción las personas tienen el derecho a que se les garantice el procedimiento de salud que requieran, integralmente, en especial, si se trata de una enfermedad catastrófica o si está comprometida la vida o la integridad personal, es por ello que los distintos actores del sistema tienen la obligación de garantizar los servicios de salud requeridos por las personas.»⁵*
(Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto).

⁵ Sentencia T-607 de 2016

Igualmente, esa Alta corporación, sobre los viáticos para la paciente y su acompañante, ha dictado subreglas que el juez de tutela debe tener en cuenta:

«i. **El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente.**

ii. **Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.**

iii. **De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.**

En relación con el transporte intramunicipal, esta Corporación ha evidenciado que "no se encuentran incluidos expresamente en el PBS con cargo a la UPC", por consiguiente, cuando el profesional de la salud advierta su necesidad y verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en los anteriores párrafos, deberá tramitarlo a través del procedimiento de recobro correspondiente.

4.2. Alimentación y alojamiento. La Corte Constitucional reconoce que estos elementos, en principio, no constituyen servicios médicos, en concordancia, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, los gastos de estadía tienen que ser asumidos por él o por su familia. No obstante, teniendo en consideración que no resulta posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, excepcionalmente, esta Corporación ha ordenado su financiamiento.

*Para ello, se han retomado por analogía las subreglas construidas en relación con el servicio de transporte. Esto es, (i) **se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos;** (ii) se*

tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige "más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento".

4.3. Transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que **el usuario es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento"; (ii) requiere de atención "permanente" para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.**

4.4. Falta de capacidad económica. En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, **la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsanado o inscritas en el SISBEN "hay presunción de incapacidad económica (...)** teniendo en cuenta que hacen

*parte de los sectores más pobres de la población”.*⁶ (Subrayado, cursiva y negrilla fuera de texto).

Con base en las precedentes conceptualizaciones, en el presente asunto, se evidencia que:

(i) La agenciada es sujeto de especial protección constitucional, tanto por su avanzada edad, como por el diagnóstico que hasta ahora se tiene, y que señala una enfermedad de las consideras catastróficas.

(ii) Así mismo, se observa que el padecimiento de salud fue atendido por el médico tratante de una institución hospitalaria, que hace parte de la red de prestadores contratada por la accionada EPS.

(iii) Paralelamente, la orden para la cita médica se ha de materializar en la ciudad de Cali, es decir, en un municipio diferente al domicilio de la agenciada.

(iv) La paciente pertenece al régimen subsidiado, por lo tanto, se presume la carencia de recursos económicos, que le permitan asumir los costos que conlleva su tratamiento, argumento que no fue desvirtuado por la pasiva.

(v) Hasta el momento, la EPS Emssanar se ha limitado a emitir la autorización, sin que por ello se entienda asignada la fecha y hora para la cita de valoración.

(vi) Por la avanzada edad de la paciente, se presume que requiere de un acompañante, más teniendo en cuenta que deberá desplazarse a otro municipio.

Las anteriores circunstancias, hicieron que resultase ineludible para la juez de primer grado, emitir ordenamientos tendientes a salvaguardar el invocado derecho fundamental a favor de la señora Sánchez de

⁶ Sentencia T-259 de 2019

Cotacio, pues resulta patente, que la pasiva, se ha sustraído de su deber de garantizar la prestación del servicio de salud de manera integral, oportuna y continua.

No obstante, la decisión de primer grado deberá adicionarse, en el sentido de ordenar a la accionada EPS, el cubrimiento de los viáticos para la agenciada y su acompañante, para cada vez que deba trasladarse a otro municipio, con miras a atender su diagnóstico de tumor maligno de la cabeza – cara y cuello, amigdalitis crónica, toda vez que la *a quo* no se pronunció sobre este aspecto, pese a que la agente oficiosa así lo solicitó, y no se entiende incluido en la integralidad en salud ordenada, tal como ha sido conceptuado por la Corte Constitucional, y que, de no atenderse en esta oportunidad, obligaría a la parte actora a interponer otra acción constitucional por este punto, lo que conllevaría a desgastes innecesarios que contribuirían a la dilación en la salvaguarda de la invocada prerrogativa:

*«38. En consecuencia, esta Sala considera que existe cosa juzgada constitucional en lo que se refiere a la solicitud de que se otorgue un tratamiento integral, oportuno y de calidad al menor, por presentarse la triple identidad de partes, objeto y causa. Concordando así, de manera parcial, con el juez de instancia. Sin embargo, se advierte que no existe cosa juzgada sobre la pretensión del reconocimiento y pago del servicio de transporte, como quiera que se trata de una petición que no había sido puesta en conocimiento de un juez de tutela previamente, y que **no puede entenderse incorporada dentro de la noción de tratamiento integral**, contrario a lo interpretado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija.*

(...)

40. En ese sentido, **no es posible considerar que la noción de tratamiento integral incluye el reconocimiento y pago del servicio de transporte**, dado que, si bien este puede constituir un elemento necesario para el acceso al derecho a la salud de los pacientes, lo cierto es que, dependiendo de los elementos que sean identificados en cada caso en particular, el costo de este servicio podrá ser asumido por el paciente, la EPS o el municipio alternativamente.»⁷

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo antes expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán (C), el 16 de mayo del 2022, dentro de la acción de tutela impetrada por el agente oficioso de la señora **Elvira Sánchez de Cotacio**, contra la accionada **Emssanar EPS**, en el sentido de **ORDENARLE** a ésta EPS, el cubrimiento de los viáticos para la agenciada y su acompañante, cada vez que deba trasladarse a otro municipio, diferente a su lugar de residencia, con miras a recibir la prestación de los servicios en salud, que se le hayan autorizado para su diagnóstico de tumor maligno de la cabeza – cara y cuello, amigdalitis crónica,

⁷ Sentencia T-190 de 2020

CONFIRMÁNDOSE en todo lo demás, la decisión atacada, por las razones antes anotadas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: REMÍTASELE electrónicamente la demanda de tutela, la contestación, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación, y esta sentencia de segunda instancia, a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**James Hernando Correa Clavijo
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 001
Popayan - Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d797ac658df83d0c99bbb6424deb4fc366917e00c6bc4dc825d
9cadf6b3d505c**

Documento generado en 24/05/2022 10:45:39 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**