

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca, agosto dieciséis (16) de dos mil veintidós
(2.022)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 052

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-40-03-001-2022-00135-00 76-109-31-03-003-2022-00086-01
ACCIONANTE:	SILVIA ARANGO CACERES
ACCIONADO:	EMSSANAR SAS EPS
DERECHO:	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA E INTEGRIDAD PERSONAL

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 054 del veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura-Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

La señora SILVIA ARANGO CACERES identificada con la cédula de ciudadanía N° 66.731.108 expedida en Buenaventura, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA E INTEGRIDAD PERSONAL, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, que consideró vulnerado por las entidades accionadas.

B. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

La accionante indica que en este momento se encuentra en calidad de beneficiaria al sistema de seguridad social en EMSSANAR, padeciendo de cáncer en la matriz, siendo valorada el 12 de mayo del 2022 por el especialista en el Hospital Universitario del Valle en la ciudad de Cali quien determinó que debería practicarse cirugía lo más urgente posible de “HISTERECTOMIA TOTAL Y VULVECTOMIA SUPERFICIAL BILATERAL”

Señala que radicó las ordenes de cirugía en EMSSANAR y hasta la fecha no le han dado respuesta, poniendo en riesgo su vida ya que se debe evitar el avance de la enfermedad.

Manifiesta que en el momento está desempleada y no cuenta con recursos para solventar los transportes, medicamentos no post, alimentación y permanencia en la ciudad de Cali.

En atención a lo anterior, solicita al juez constitucional, ampararle su DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA E INTEGRIDAD PERSONAL y, por consiguiente, se le ordene a EMSSANAR EPS autorizar las cirugías “HISTERECTOMIA TOTAL y VULVECTOMIA SUPERFICIAL BILATERAL”, además del transporte, hospedaje y alimentación para ella y su acompañante en la ciudad donde le realizan el tratamiento para su enfermedad. Igualmente que le hagan entrega de los medicamentos no pos recetados por el médico tratante y que se le exonere de los copagos ya que no cuenta con la capacidad económica para asumir los costos de la enfermedad.

Solicita como medida provisional que se le ordene a EMSSANAR EPS realizar los procedimientos mencionados teniendo en cuenta que existen antecedentes de diabetes, hta y anemia moderada con adenocarcinoma de endometrio, además los médicos recomiendan atención urgente prioritaria toda vez que la enfermedad es progresiva.

C. El desarrollo de la acción.

Por auto interlocutorio No. 547 del once (11) de julio del año 2022, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de la entidad accionada y se ordenó notificación, concediéndole el término de tres (03) días, para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer. Igualmente ordenó vincular a JUAN MANUEL QUIÑONES PINZON, Agente Especial encargado de cumplir las funciones públicas administrativas transitorias de EMSSANAR, a NEXIA MONTES Y ASOCIADOS Contralor para la intervención forzosa administrativa para administrar EMSSANAR, a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a la ALCALDIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA-SECRETARIA DE SALUD, a la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD, y a la ADMINISTRADORA DE LOS

RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES.

El despacho en el mismo auto ordena decretar la medida provisional solicitada por la accionante, esto es, la autorización de los procedimientos “HISTERECTOMIA TOTAL y VULVECTOMIA SUPERFICIAL BILATERAL”, valoraciones con especialistas, también que se garanticen los transportes de la accionante junto con un acompañante, junto con la alimentación y alojamiento si hay lugar a ello hacia la ciudad donde será tratada.

Para acreditar el cumplimiento de la medida provisional a EMSSANAR se le ordenó remitir las pruebas documentales pertinentes con el fin de vigilar el acatamiento a la orden.

RESPUESTA ENTIDAD ACCIONADA

EMSSANAR EPS, pese a que el juez ad quo manifestó que la entidad accionada no emitió respuesta alguna, de los archivos allegados al presente trámite en segunda instancia, este despacho evidencia que la entidad si emitió contestación a través de apoderado judicial indicando que la accionante se encuentra en calidad de beneficiaria dentro del régimen subsidiado en salud en Buenaventura-Valle.

Señalan que al revisar las pruebas documentales aportadas por la accionante se refiere a la valoración por GINECOLOGÍA ONCOLÓGICA del 1 de abril de 2022 en el ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA siendo solicitado por el médico tratante “HP0135-PAQUETE DE ALTA COMPLEJIDAD GINECOLOGIA” que incluye RESECCION DE TUMOR DE OVARIO POR LAPAROSCOPIA, HISTERECTOMIA RADICAL POR LAPAROSCOPIA, HISTERECTOMIA RADICAL POR LAPAROTOMIA, VULVECTOMIA RADICAL procedimientos que se encuentran dentro del PBSUPC Res. 2292 del 2021.

También manifiestan que la accionante fue valorada por anestesiología el 12 de mayo de 2022 en el HUV donde el médico tratante solicita “valoración por medicina interna/HTA mal controlada DM 2” siendo autorizada según NUA 2022002037282 para el ESE HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA de Buenaventura-Valle.

En lo pertinente al servicio de transporte señalan que Buenaventura no recibe UPC diferencial para el traslado de los pacientes, y además que esa solicitud se deberá tramitar después de la valoración por medicina interna.

Señalan que respecto al PAQUETE DE ALTA COMPLEJIDAD GINECOLOGIA se encuentran en consecución de emanar las autorizaciones correspondientes y que la “valoración por medicina interna/HTA mal controlada DM 2” se encuentra autorizada aportando prueba documental.

Finalmente presentan oposición a la integralidad del servicio argumentando que la misma no puede ser un “cheque en blanco” sino que debe estar delimitada en los servicios médicos concretos de acuerdo a la patología del paciente.

Por lo manifestado en precedencia solicitan no tutelar los derechos invocados por la accionante así como tampoco ordenar el tratamiento integral.

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA-SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, a través de la jefe de la oficina de asesoría jurídica manifiestan que la respuesta extemporánea fue causa de un contagio de malware de sus servidores, respecto al caso concreto indican que la accionante se encuentra ACTIVA en la EAPB EMSSANAR SAS EPS dentro del régimen subsidiado del Distrito Especial de Buenaventura, por tanto, es esa entidad la que debe garantizarle en forma integral y oportuna los servicios médicos requeridos a la accionante. A su vez manifiestan que con base en el Decreto 2459 de 2017 el Distrito Especial de Buenaventura es el competente en la administración de sus recursos del Sistema General de Participaciones para la financiación de los servicios a su cargo en salud, educación, entre otros.

Solicitan ser desvinculados del trámite tutelar por carecer de competencia configurándose la EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y que se ordene vincular a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BUENAVENTURA

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través del Subdirector Técnico de Defensa Jurídica informan que se advierte una falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la Supersalud es un organismo de control y vigilancia encargado de velar por que se cumplan las normas legales y reglamentarias que regulan el servicio público esencial de salud que garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud a sus afiliados asignadas en la ley y demás normas reglamentarias, para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

Respecto a la atención integral del servicio se sirven manifestar que su autorización debe ser sustentada en ordenes emitidas por el médico tratante, pues corresponde a aquel determinar el destino, el plan de manejo a seguir, y la prioridad del mismo, teniendo como fundamento las condiciones de salud del paciente, por ser quien posee el conocimiento técnico científico y la experticia necesaria para decidir el tratamiento.

También señalan que en particular esta dependencia del Estado no es superior jerárquico de los agentes interventores designados a las EPS.

En consecuencia solicitan que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y que sean desvinculados del trámite tutelar.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – (ADRES), a través de apoderado judicial solicito negar el amparo reclamado en lo que tiene que ver con esa Administradora pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor y en consecuencia desvincularlos del trámite de la presente acción de tutela.

Aunado a lo anterior, informan que es función de la EPS y no del ADRES brindar los servicios de salud a sus afiliados, y este último ni siquiera tiene facultades de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, configurándose así una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, adicional a esto según la Resolución 205 de 2020, los servicios de salud que antes eran objeto de recobro ante la ADRES ahora están a cargo de las EPS, esto quiere decir que los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios de salud a la EPS y con esos recursos deben suministrar los servicios no incluidos en el PBS.

Teniendo en cuenta lo anterior solicitan que sean desvinculados del trámite tutelar.

JUAN MANUEL QUIÑONEZ PINZON, NEXIA MONTES Y ASOCIADOS Y LA ALCALDIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA-SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL, pese a ser notificados en debida forma, no se pronunciaron dentro del término legal.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación se tutelaron los derechos fundamentales a la SALUD, DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA E INTEGRIDAD PERSONAL de la accionante, argumentando el despacho que respecto a la capacidad económica de la accionante, es la EPS quien posee la carga de desvirtuar la precariedad económica de quien la alega.

También señala el despacho que dentro del trámite en lo referente a la medida provisional, EMSSANAR EPS remitió a la paciente autorización número 2022002108380 que aprueba la resección del tumor de ovario por laparoscopia en ESE HUV, indicando el despacho que la accionante se dirigió con esa autorización a la ciudad de Cali para la asignación de la cita recibiendo como respuesta que tenía que esperar al llamado del hospital para la cirugía, sin que se le cumpliera. Igualmente EMSSANAR EPS tampoco cumplió respecto al suministro del transporte de la accionante y su acompañante, así como tampoco le entregaron los medicamentos ordenados

por el médico tratante, por lo dicho, se habría incumplido la orden de la medida provisional.

Considera el despacho que negar el servicio constituye un obstáculo inaceptable que vulnera derechos fundamentales, por tal motivo decide amparar los derechos tutelados, ordenando a EMSSANAR EPS que en el término de dos (02) días se sirva ordenar y autorizar la Cirugía denominada HISTERECTOMIA TOTAL y VULVECTOMIA SUPERFICIAL BILATERAL (cáncer), ordenada por su médico tratante (oncólogo) sin someter a la paciente a la tramitología para que le fijen la fecha, día, hora, hospital o clínica a la paciente.

Ordena a la SuperIntendencia Nacional de Salud para que dentro de sus funciones inspeccione, vigile, controle y sancione de ser el caso a EMSSANAR SAS EPS por la omisión de acatar la medida provisional decretada por el juzgado.

Igualmente le ordena a EMSSANAR EPS que haga entrega inmediata de los medicamentos post y no post ordenados por el médico tratante, así mismo esa entidad deberá suministrar los costos de transporte de Buenaventura-Cali o cualquier otra ciudad a la accionante junto con su acompañante, para atender cualquier tipo de procedimiento, se reitera, insumos, medicamentos, citas con especialistas, cirugías, exámenes, etc., ordenados por su médico tratante (oncólogo) incluyendo los de su acompañante, y que sean una consecuencia directa de su enfermedad, transporte que se encuentra incluido en el PBS Resolución N° 2481 del 20 de diciembre de 2020.

Los gastos de alojamiento y alimentación solo tendrán lugar cuando deba atenderse citas a muy tempranas horas de la mañana fuera de la ciudad o cuando la cita sea en últimas horas de la tarde, atendiendo a la disponibilidad de viajar desde y hacia la ciudad.

A EMSSANAR EPS se le ordena que continúe suministrando los servicios médicos e insumos que requiera la accionante de manera integral y que sean consecuencia directa de su enfermedad.

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia manifiesta que por medio de radicado 20222100201030011 exhorta a EMSSANAR EPS a desplegar las acciones necesarias con el fin de garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud a la usuaria.

Inconforme con la decisión, la entidad accionada a través de escrito de impugnación remitido el día 29 de julio de 2022, reitera que la atención integral no debe ser indeterminada, además que es apresurado decir que la entidad no le prestará el servicio médico a futuro a la accionante, por ese motivo no pueden protegerse situaciones futuras e inciertas. Señalan que el juez ad quo al ordenarles sufragar gastos por prestaciones de servicios de

salud que no se encuentran dentro de la cobertura PBSS ocasiona un desequilibrio económico de los recursos destinados a la cobertura PBSS y que van dirigidos a la población más pobre y vulnerable.

Finalmente solicitan recuperar la sentencia 054 del 25 de julio considerando que se les ordena atenciones integrales acudiendo a hechos futuros e inciertos.

II. CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 360 de 2005, las prestaciones requeridas corresponden, tanto en su financiación como en su prestación efectiva, a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993² y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales³, correspondiendo por lo tanto a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (Acuerdo 306 de 2005).

En cuanto a las exclusiones del POS-S, su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001⁴. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA**, las prestaciones en salud de segundo

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

² Ley 100 de 1993. Artículo 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio. PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios.

³ Decreto 806 de 1998 Art. 14. El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado será financiado con los recursos que ingresan a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, destinados a subsidios a la demanda, situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y demás rentas ordinarias y de destinación específica, de conformidad con lo establecido en la ley.

⁴ Ley 715 de 2001. Art. 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...) 43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998⁵, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990⁶ y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007⁷. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S⁸.

“Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud, máxime cuando la Ley 715 de 2001, señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, es así como el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 contempla una sanción a las EPS. respecto a la facultad de recobro que eventualmente les llegara a asistir frente al FOSYGA si se trata del régimen contributivo o frente a la entidad territorial pertinente tratándose del régimen subsidiado y conforme a la inteligencia y alcance que la sentencia C-463 de 2008 dio a dicha disposición⁹, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S, lo cual, *contrariu sensu*, corresponde a la regla general”¹⁰.

Lo anterior sin olvidar que el motivo de la presente acción es que la accionante busca protección a su derecho a la salud y seguridad social y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no debe sujetarla a diferentes tramites y negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas; máxime cuando la

⁵ Decreto 806 de 1998 . Art. 31. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

⁶ Ley 10 de 1990. Artículo 6o.. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o., de la presente Ley, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, de que trata el artículo 3o. de esta Ley, y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social, y las que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asignanse las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud:

b) A los Departamentos (...), directamente, o a través de entidades descentralizadas directas, o indirectas, creadas para el efecto, o mediante sistemas asociativos la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados. La Nación continuará prestando servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología.

⁷ Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

⁸ Extracto Jurisprudencial emanado de las múltiples decisiones del H. Tribunal Superior de Guedalajara de Buga, M.P. BARBARA LILIANA TALERO ORTIZ. Exp. 1909 de 2009.

⁹ Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las **EPS y las entidades territoriales**, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.

¹⁰ Ut supra.

jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha reconocido su carácter fundamental *per se*:

De esta forma, en un primer momento, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la salud -aún cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales *per se*, tales como la vida y/o la integridad física. Tal criterio, denominado conexidad, se tornó de esta forma recurrente en el análisis que en aras de la protección del derecho a la salud realizara el juez constitucional.

No obstante, la anterior postura ha venido siendo superada por la jurisprudencia constitucional que, en forma gradual, ha dado paso al reconocimiento de la iusfundamentalidad del derecho a la salud y, en general, de los derechos económicos, sociales y culturales.

En tal sentido, esta Corporación ha afirmado en múltiples ocasiones¹¹ que en los casos en los cuales el contenido del derecho a la salud ha perdido la vaguedad e indeterminación que como obstáculo para su calificación de fundamental se argüía en un principio, éste debe ser considerado fundamental y en tal sentido admite la intervención del juez de amparo. Así, respecto de aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho, necesario para garantizar la vida en condiciones dignas, y que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido su carácter iusfundamental.

Como se ve, para determinar la viabilidad del amparo constitucional el juez de tutela debe examinar las circunstancias del caso concreto sin que para el efecto sea necesario hallar una afectación de otro derecho fundamental diferente de la salud, por cuanto al considerarlo un derecho fundamental *per se*, el argumento de la conexidad deviene no sólo innecesario sino además artificioso en cuanto sugiere la idea de que la protección de algunos derechos resulta in abstracto más importante que la de otros, supuesto que como antes se anotó contraría las normas internacionales sobre protección de derechos humanos.¹²

Así el Derecho a la salud tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

Cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S sino a la EPS-S (Resolución 3099 de 19 de agosto de 2008) quien también podrá gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin tener que trasegar el usuario al agotamiento de trámites administrativos.

De esta manera, las normas que reglan el acceso al servicio a la salud, ya en el régimen contributivo ora en el subsidiado no pueden desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas ni el principio de dignidad humana, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud o las administradoras de régimen subsidiado, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, niegan la autorización de un procedimiento quirúrgico u omiten el suministro de

¹¹ Ver en tal sentido las sentencias SU- 819 de 1999, T - 859 de 2003, T-655 de 2004 y T-697 de 2004.

¹² Sentencia T - 657 de 2008

medicamentos o elementos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud.

(...)

Para casos como el presente, en el que debe determinarse si el problema jurídico planteado se debe resolver conforme a la norma de exclusión de servicios del POS-S para una persona enferma, afiliada al régimen subsidiado, la Corte ha fijado unas reglas que deben cumplirse para que pueda desecharse la consecuencia jurídica de la norma infraconstitucional en el respectivo asunto y resolver de esa manera el caso, aplicando directamente la Constitución en aras de otorgar el amparo constitucional solicitado.

(...)

En el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, la garantía de sus derechos se optimiza por mandato del artículo 13 Superior, dadas las circunstancias de debilidad económica y vulnerabilidad que afrontan. De allí que la jurisdicción constitucional deba inferir, que las personas que se encuentren en esa situación, carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la administradora del régimen subsidiado a la que se encuentren afiliados¹³. En el caso de la accionante, conforme a la copia del carné que obra en el expediente, ella se encuentra en el nivel 1, lo cual no fue desvirtuado por la ARS.

Cumplidos entonces los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas del POS-S que excluyen el servicio que requiere la accionante, es menester revocar el fallo objeto de revisión para en su lugar amparar el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna de la accionante. En consecuencia, se ordenará a la ARS Solsalud autorizar y practicar el procedimiento denominado exéresis cervical que le fue prescrito a la peticionaria, así como la atención integral que requiera la paciente para atender sus afecciones de salud, autorizando a dicha entidad para que repita contra la Secretaría de Salud del Tolima por los gastos en que incurra en cumplimiento de esta orden.¹⁴

Luego siendo ponente el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se habló sobre la ‘fundamentalidad’ de los derechos:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”¹⁵

Por ello si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado debe de ser protegido por vía de tutela.

Ahora, respecto a la autorización de alojamiento y alimentación, la Corte Constitucional, ha analizado la procedencia al reconocimiento de dichos servicios, desarrollando unas reglas jurisprudenciales, las cuales debe tener

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-956 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002, T-287 de 2005 y T-1019 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ Sentencia T-709 de 2008

¹⁵ Sentencia T-016 de enero 22 de 2007, Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras

en cuenta el juez de tutela al momento de ordenar su prestación, las cuales son:

“(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente. (Negrilla fuera de texto).

Cuando se requieren dichos servicios para un acompañante también se estudia que:

(iii) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (iv) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (vi) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”¹⁶

Descendiendo al caso objeto de estudio, se establece que la prestación del servicio de salud, que requiere la señora SILVIA ARANGO CACERES es la “HISTERECTOMIA TOTAL y VULVECTOMIA SUPERFICIAL BILATERAL”, como consecuencia de una enfermedad que la aqueja y que la Jurisprudencia Constitucional la denomina como ruinosa, por lo que se trata de un asunto de especial raigambre constitucional y que por ende debe ser tutelado.

Del mismo modo se le vulnera los derechos fundamentales al no hacerle entrega de los medicamentos no post recetados por el médico tratante, pues, como señala en el escrito de tutela, no cuenta con la capacidad económica para asumir los costos de la enfermedad.

Lo anterior debido a que no fue cuestionado por la EPS accionada en el escrito de impugnación, pues solo se centró en censurar la prestación integral de servicio de salud, indicando que con dicha orden se están tutelando servicios de salud que podrían estar excluidos del PBS, en cuanto a la orden de prestación del servicio de salud de manera integral solicitada por la accionante.

Para ello, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 definió el principio de integralidad así: *“(...) se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante”¹⁷*.

En sentencia T-178 de 2011, se anotó que *“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁸*. En

¹⁶ Ver sentencias T-161 de 2013; T-568 de 2014; T-120 de 2017; T-495 de 2017.

¹⁷ T-760 de 2008. M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

¹⁸ Ver entre otras, sentencias T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-136 de 2004, T-760 de 2008, T-289 de 2013, T-743 de 2014, T-421 de 2015 y T-036 de 2017.

otras palabras, la integralidad responde ***“a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva”***¹⁹. (Negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior, es procedente confirmar la decisión adoptada por el a quo, pues el **principio de integralidad**, tiene como fin el mejorar las condiciones existenciales de los pacientes, bajo la garantía de todos los servicios médicos, que los galeno consideren necesarios para el restablecimiento de la salud bajo condiciones de i) calidad y ii) oportunidad, es por ello, que las empresas promotoras de salud, tienen la obligación de no poner trabas frente a los requerimiento médicos con procesos y trámites de carácter administrativo que imposibilite a los usuarios el accesos a los medios necesarios en pro de garantizar el derecho a la salud²⁰, y como se dejó expuesto en la parte motiva de la presente decisión, la accionante padece de una enfermedad catastrófica que debe ser atendida sin ningún tipo de traba por parte de la entidad accionada.

Igualmente, la el alto tribunal, el principio de integralidad busca como fin último i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada servicio nuevo que le sea prescrito por el médico tratante, garantizándose una prestación del servicio de salud de manera eficiente.²¹

Así las cosas, y atendiendo la anterior valoración conjunta de las pruebas, el despacho encuentra procedente confirmar la sentencia No 054 del veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura-Valle del Cauca.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia No. 054 del veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura-Valle del Cauca, conforme a lo aquí expuesto.

Segundo: Notifíquese a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Tercero: ENVIESE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

¹⁹ Sentencia T-178 de 2011.

²⁰ Sentencia T-032 de 2018. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

²¹ Sentencia T-039 de 2013. M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(Firma Electrónica)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ

Firmado Por:
Erick Wilmar Herreño Pinzon
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 003
Buenaventura - Valle Del 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: **ab5b3e379681d890a4fecaf9cd12978449f629564d969823dcd7d6c54c83465**

Documento generado en 16/08/2022 09:13:50 PM

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