

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura, Valle del Cauca, junio siete (7) de dos mil veintitrés (2.023)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 031

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-41-89-001-2023-00141-00 76-109-31-03-003-2023-00045-01
ACCIONANTE:	JORGE HENAO GONZALEZ
ACCIONADO:	EMSSANAR SAS EPS
DERECHO:	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA Y A LA OPORTUNIDAD

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 034 del cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura-Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

El señor JORGE HENAO GONZALEZ identificado con la cédula de ciudadanía N°16.474.425 actuando en nombre propio, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA Y A LA OPORTUNIDAD, 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:

El accionante indica que se encuentra afiliado a la EPS EMSSANAR, además que está diagnosticado con úlcera crónica de piel, siendo una enfermedad dolorosa que al no tratarse pone en riesgo su salud e integridad física.

Señala que el medicamento “Factor de crecimiento epidérmico recombinante humano 75 MCG Epiprot 24 viales, cambio de canula de traqueostomía” ha sido formulado por el médico especialista de la EPS pero hasta el momento EMSSANAR no ha autorizado ni entregado el mismo.

Solicita que se amparen sus derechos fundamentales y se le ordene a EMSSANAR EPS brindar tratamiento médico integral y oportuno, así como también proceda a hacer entrega del “Factor de crecimiento epidérmico recombinante humano 75 MCG Epiprot 24 viales, cambio de canula de traqueostomía”.

Como medida provisional solicita la entrega del citado medicamento para empezar a aplicarlo lo más rápido posible.

C. El desarrollo de la acción.

Por auto interlocutorio No. 510 del veintiséis (26) de abril del año 2023, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de la entidad accionada y se ordenó notificación, concediéndole el término de un (01) día, para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer. Igualmente ordenó vincular al HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS – CALI, ALCALDÍA DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Igualmente ordenó el cumplimiento de la medida provisional solicitada por el accionante y se autorice y entregue “Factor de crecimiento epidérmico 75 MCG” y “Vulcosan aposito 10 cm x10 cm”.

RESPUESTA ENTIDAD ACCIONADA

EMSSANAR EPS, a través de apoderado judicial manifestaron que le han garantizado los servicios y tecnologías de salud incluidas en el plan de Beneficios de Salud PBS.

Respecto a los servicios aducidos por el accionante indican que se encuentran autorizados y es responsabilidad de DROGUERIA FARMART LTDA de Buenaventura – Valle del Cauca, garantizar la entrega material de los medicamentos.

Por lo anterior solicitan que se niegue la acción de tutela por no evidenciarse vulneración alguna de derechos fundamentales del accionante, así como también que se vincule a FARMART LTDA.

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

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. En consecuencia, los derechos supuestamente violados no devienen de una acción u omisión de las funciones de esta entidad, por lo cual solicitan que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y que sean desvinculados del trámite tutelar.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a través de apoderado judicial manifiestan que esta entidad no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública y promoción social en salud.

Por lo anterior solicitan ser desvinculados del trámite de tutela y que se comine a la EPS a brindar la adecuada prestación del servicio de salud.

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.

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, informa que la accionante se encuentra ACTIVA en la Empresa Administradora de Planes de Beneficios (EAPB) EMSSANAR EPS dentro del régimen subsidiado en el 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

HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, a través del Representante Legal de la entidad manifiestan que el accionante ha recibido todas las atenciones requeridas de su competencia.

Por lo anterior solicitan ser desvinculadas del trámite de tutela.

Mediante el auto 512 del 02 de mayo de 2023 el despacho a quo ordenó la vinculación de DROGUERIA FARMART LTDA concediéndole el término improrrogable de 1 día para que se pronuncie acerca de los cargos endilgados en la acción de tutela.

DROGUERIA FARMART LTDA, ALCALDIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BUENAVENTURA, pese a ser notificadas en debida forma no presentaron contestación dentro del término legal concedido.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación se tutelaron los derechos fundamentales a la accionante argumentando el despacho que no hay prueba alguna de que los medicamentos recetados por el médico tratante hayan sido entregados efectivamente al accionante, por lo cual es indispensable para mejorar la calidad de vida del paciente que los medicamentos – VULCOSAN APOSITO 10 CM X 10 CM, FACTOR DE CRECIMIENTO EPIDERMICO, CANULA P/TRAQUEOSTOMIA” sean entregados sin dilación alguna.

Por estos motivos el despacho ordenó a EMSSANAR EPS hacer entrega efectiva de los medicamentos VULCOSAN APOSITO 10 CM X 10 CM, FACTOR DE CRECIMIENTO EPIDERMICO y la autorización de CANULA P/TRAQUEOSTOMIA ordenados por el médico tratante.

Además ordenó el tratamiento médico integral como son el suministro de elementos, medicamentos, vitaminas, practica de exámenes, valoraciones, terapias, hospitalizaciones, cirugías y demás atenciones médicas que necesite para procurar su recuperación.

Inconforme con la decisión, EMSSANAR EPS a través de escrito de impugnación, aduce que es responsabilidad de DROGUERIA FARMART LTDA hacer la entrega efectiva de los medicamentos que ya han sido autorizados por la EPS, así mismo aportan correo electrónico dirigido a FARMART LTDA solicitando cumplimiento de la entrega de los medicamentos sin obtener respuesta alguna.

Señalan que es obligación del juez determinar o dar alcance al fallo en caso de conceder el tratamiento integral futuro e incierto para poder tramitar su cumplimiento, precisando que no se puede fallar sobre una supuesta negativa.

Por lo dicho previamente solicitan que se revoque la sentencia de primera instancia ya que estaría tutelando derechos 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).

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.

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 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

⁴Ley 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.

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

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 vida, dignidad humana, 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 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.

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*.

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

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 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

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

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 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 cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”¹⁶

Descendiendo al caso objeto de estudio encontramos que el inconformismo se basa en la medida de atención integral de la enfermedad que sufre el señor JORGE HENAO GONZALEZ pues, de acuerdo a la providencia impugnada, fallo en el servicio médico al no autorizar ni entregar los medicamentos: VULCOSAN APOSITO 10 CM X 10 CM, FACTOR DE CRECIMIENTO EPIDERMICO, CANULA P/TRAQUEOSTOMIA

Este Despacho, atendiendo los antecedentes Jurisprudenciales señalados, no es dable responsabilizar ni hacerlo parte del conflicto que se genere entre las EPS EMSANAR y su red de servicios como lo presta FARMART LTDA, pues no está el señor JORGE HENAO GONZALEZ en el deber de soportarlo ni debe ser una excusa para interferir en el buen servicio que la EPS fue contratado.

El Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las

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

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

*IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes.*¹⁷

Si bien la EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, es debido a que se le dan todas las alternativas para que cumplan con la obligación de garantizar y brindar a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad.

De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de: “a) celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir, b) **garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio**, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS” receptora.¹⁸(negrilla fuera del texto)

Por lo tanto es responsabilidad de la EPS realizar los convenios necesarios para poder cumplir con la prestación integral y de buena calidad del servicio, y por ello es su responsabilidad que sociedades como la de FARMART LTDA como IPS cumpla con las obligaciones contractuales preestablecidas por la EPS, ya que, se itera, no es óbice para excusar el incumplimiento al paciente, quien es en última el afectado por la imposición de estas barreras administrativas que constituyen vulneración de sus derechos fundamentales.

Por ello, no es extraño que, debido a la referida falta en la atención del servicio contratado con la EPS, la Jurisdicción recuerde el deber al **principio de integralidad**, pues debido a la desatención del accionante, no se puede correr el riesgo que deba acudir nuevamente a la acción de tutela para que exija una autorización o entrega de medicamentos ordenados por el galeno, en caso de volver a presentarse un incumplimiento contractual entre la EPS y la RED de servicios médicos. Recuérdese que la integralidad tiene como fin el mejorar las condiciones existenciales de los pacientes, bajo la garantía de todos los servicios médicos, que los galenos consideren necesarios para el restablecimiento de la salud bajo condicione de i) calidad y ii) oportunidad, es por ello, que este Despacho confirmara la orden de tutela debido a las trabas administrativas que se presenta entre EMSANAR EPS y su red de servicios de salud frente a los requerimientos médicos.¹⁹

Así las cosas y en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar que el señor HENAO GONZALEZ interponga nuevas acciones de tutela por cada servicio nuevo que le sea prescrito por el médico tratante, se ha de confirmar la sentencia No. 034 del cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y

¹⁷ Sentencia T-017/21. MP Cristina Pardo Schlesinger

¹⁸ Sentencia T 745/13 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁹ Sentencia T-032 de 2018. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Competencia Múltiple de Buenaventura-Valle del Cauca, para continuar garantizándole una prestación del servicio de salud de manera eficiente.²⁰

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. 034 del cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura-Valle del Cauca, conforme lo aquí expuesto.

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

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

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: **23d449b2771b3fd6a36e6e8848f344c1b2888b8ef1134c717b270b813674ad6**

Documento generado en 07/06/2023 08:59:59 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

²⁰ Sentencia T-039 de 2013. M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO