

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA

Palmira (V.), dos (2) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 109
Rad. 76-520-40-03-004-2023-00334-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por la accionada **EMSSANAR EPS S.A.S.**, contra la **sentencia N° 123 del 28 de agosto de 2023¹**, proferida por el **Juzgado Cuarto Civil Municipal, de Palmira, Valle del Cauca**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por el señor **WILMAR OBONAGA VELEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía **N° 16.282.718**, en calidad de agente oficioso de su progenitora **MARIELA VÉLEZ RODRÍGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía **N° 29.651.108**, contra **EMSSANAR EPS S.A.S.** Asunto al cual fueron vinculadas **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, OSTRUMA VALLE S.A.S., MINISTERIO DE SALUD y PROTECCION SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD "ADRES", SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, doctor LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJÍA**, interventor de **EMSSANAR EPS S.A.S.**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la **SALUD, VIDA**, a la **SEGURIDAD SOCIAL**.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

¹ Ítem 011 Expediente Digital

El accionante manifestó que, su progenitora **MARIELA VÉLEZ RODRÍGUEZ**, cuenta con 86 años², diagnóstico gonartrosis primaria bilateral, motivo por el cual el médico tratante especialista en cirugía y en ortopedia y traumatología, le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado paquete de reemplazo articular primario de rodilla derecha. Asegura que su agenciada padece de dolores constantes por lo que debe tomar medicamentos para controlar el dolor, que ha pasado más de dos meses y la EPS, no le han hecho entrega de la autorización, le dicen que debe esperar.

Por lo narrado considera vulnerados los derechos fundamentales de su progenitora **Mariela Vélez Rodríguez**, y acude al trámite que nos ocupa para solicitar que se protejan sus derechos, se le ordene a EMSSANAR EPS S.A.S., autorizar el procedimiento antes relacionado, y se disponga la prestación integral del tratamiento.

LAS RESPUESTAS DE LA ACCIONADAS Y VINCULADA:

En el ítem 007 del expediente, actuación de primera instancia, se cuenta con la respuesta de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD "ADRES", quien pidió negar el amparo solicitado respecto de ella, pues de la documentación aportada, resulta que no ha desplegado conducta que vulnere derechos fundamentales de la actora, por ello solicita ser desvinculada del presente trámite.

A ítem 008 del proceso electrónico se encuentra la contestación dada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, expuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, por no haber vulnerado derechos fundamentales a la actora. Añadió que el procedimiento en salud solicitado por el accionante para su representada, se encuentra incluido en el anexo dos (2) de la **Resolución 2808 de 2022** "por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)", en los siguientes términos: Radicado No.: 202311301645211 Fecha: 16-08-2023 8154 REEMPLAZO DE RODILLA.

A ítem 009 proceso electrónico la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, en su respuesta manifiesta que estando la afectada en estado activo en EMSSANAR EPS S.A.S., como EAPB, deberá garantizar en forma integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019.

² La fotocopia de su cédula obra a ítem 3, folio 8 de la primera instancia.

A ítems 010 del proceso electrónico se encuentra la contestación dada por EMSSANAR EPS S.A.S. En ella indicó que, la usuaria fue valorada por ortopedia y traumatología el día 03/05/2023 en Ostrauma Valle S.A.S., de Palmira, (V.), el médico tratante ordenó el procedimiento paquete reemplazo articular primario de rodilla, servicio que se encuentra dentro del PBSUPC Res. 2808 del 2022, solicitan al área de soluciones especiales gestionar la respectiva cita.

Afirma que, una vez revisada la plataforma institucional Conexia lazos, logran evidenciar que el procedimiento reemplazo articular primario de rodilla se encuentra autorizado y gestionado por parte de EMSSANAR, será prestado por la IPS Ostrauma Valle S.A.S., de Palmira (V.)³, por tanto se opone a la prestación del servicio en salud de manera integral, y solicita se niegue el amparo constitucional deprecado, toda vez que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del extremo activo.

EL FALLO RECURRIDO

El señor **Juez Cuarto Civil Municipal de Palmira, Valle del Cauca (ítem 11 expediente electrónico)**, en su fallo decidió tutelar los derechos fundamentales de la agraviada y con el propósito de garantizar el goce pleno de sus derechos, ordenó a EMSSANAR EPS S.A.S, cristalice y/o materialice el servicio paquete de reemplazo articular primario de rodilla derecha ordenado por el médico tratante que requiere la accionante, en la IPS contratada para tal evento, estando obligada a prestar de manera integral los servicios requeridos, inclusive aquellos que se encuentren excluidos del PBS y le sean ordenados por el médico tratante.

LA IMPUGNACIÓN

A ítems 014 del expediente de primera instancia, la accionada **EMSSANAR EPS S.A.S.**, presentó escrito de impugnación solicitando revocar la orden del tratamiento integral a la accionante Mariela Vélez Rodríguez, ya que se estarían tutelando derechos por razón de hechos futuros e inciertos.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la tiene la señora **MARIELA VÉLEZ RODRIGUEZ**, dado que aquella resulta ser el titular de los derechos fundamentales

³ Ítem 11, fl 3 de la primera instancia

invocados a saber: la **salud** (artículo 25 Declaración universal de los derechos humanos), **vida** (artículo 11 constitucional), a la **seguridad social** (artículo 48 constitucional), por ende se encuentra legitimada para ser parte activa en esta acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente, con independencia del resultado final de la acción propuesta.

Por la parte accionada lo está **EMSSANAR EPS S.A.S.**, entidad a la cual se encuentra afiliada la precitada paciente MARIELA VELEZ RODRIGUEZ. Entidad que acorde a lo previsto en la ley 100 de 1993 resulta obligada a garantizarle la debida y eficiente prestación del servicio de salud, al tenor de su artículo 178, numeral 6 señalar:

"ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones: ... 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud".

Con base en esa misma norma no se encuentran legitimadas las entidades vinculadas: la **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA**, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD "ADRES"**, tampoco la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, acorde a sus funciones.

Sí se encuentra legitimada para ser parte la **IPS OSTRAUMA VALLE S.A.S.**, por hacer parte de la red de prestadores de servicios de EMSSANAR EPS S.A.S., según se deduce del hecho de que son las encargadas de venir realizando los procedimientos a la accionante y de lo previsto en el artículo 185 de la ley 100 de 1993.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2017, en atención al factor funcional

EL PROBLEMA JURÍDICO: Conforme las pretensiones de la accionante y los motivos de impugnación presentados le corresponde a esta instancia determinar, ¿si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma pretendida por la impugnante? Ante lo cual se contesta en sentido **negativo** por las siguientes razones.

1. De acuerdo con la norma Constitucional, principalmente el art. 48, se advierte que la seguridad social es un servicio público, obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia,

universalidad y solidaridad, es un derecho irrenunciable, y se prevé que su ampliación se haga de manera progresiva.

Acogiendo el precedente se tiene que la tutela, concebida como una acción constitucional, es el instrumento que en su finalidad busca la protección concreta e inmediata de los bienes jurídicos denominados derechos fundamentales de carácter constitucional, cuando son vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier entidad, sea pública o privada; que al estar contenidos en una disposición de superior jerarquía cuentan con una protección reforzada, en cuanto a los demás derechos y garantías sociales, ya que, su aplicación y ejercicio se hace por vía directa ligado inescindiblemente a su condición de norma vinculante que, son tutelables por vía ordinaria o por medio del acción de amparo⁴

2. Ahora bien, es necesario recordar las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las cuales encontramos el carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud y la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional (**Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 2020** M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER), al reiterar en dicho proveído:

"Ahora bien, en numerosas ocasiones este Tribunal ha reconocido que aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, el amparo constitucional es procedente cuando "(...) *el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (**personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas**), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela*"⁵ (negrillas del juzgado).

Así, ha considerado esta Corte que existen algunos grupos con características particulares que pueden llegar a sufrir daños o amenazas dadas sus condiciones de debilidad o vulnerabilidad manifiesta lo que, en consecuencia, implica adoptar un "*tratamiento diferencial positivo*"⁶, ampliándose con ello el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.

Bajo esa línea, en el evento en que el accionante sea un sujeto de especial protección, ha estimado la Corte que en virtud de la necesidad de garantizar el amparo constitucional reforzado de que gozan dichos sujetos, y con el objeto de admitir la viabilidad y prosperidad de la acción, "*el juez de tutela debe considerar con particular atención las*

⁴ Cfr. Chichilla Herrera, Tulio Elí. Que son y Cuáles son los derechos fundamentales. Temis Bogotá. 1999

⁵ Corte Constitucional, sentencias T- 282 de 2008 (M.P Mauricio González Cuervo), T- 252 de 2017 (M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo), T-431 de 2019 (M.P Alejandro Linares Cantillo) entre otras.

⁶ Corte Constitucional sentencia T-177 de 2015 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio)

circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión en las que se encuentra el titular de los derechos invocados⁷."

A ello se suma el entendimiento de la Corte Constitucional quien tiene dicho que "la atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho⁸.

Conceptos éstos que resultan pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que la accionante **MARIELA VÉLEZ RODRIGUEZ⁹, con 82 años de edad, diagnostico gonartrosis primaria bilateral**, es sujeto de especial protección constitucional, por tanto amerita un tratamiento diferencial positivo, es decir más amplio y favorable.

3. Con relación al elemento denominado continuidad previsto en la ley 1751 de 2015, artículo 6, literal d, en la prestación del servicio de salud el cual resulta pertinente por cuanto el paciente no ha culminado el tratamiento, cabe recordar que la Corte Constitucional ha dicho¹⁰ que es "[...] el derecho a la prestación continúa, permanente y sin interrupciones, de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud¹¹, en el marco del principio de eficiencia del Sistema de Seguridad Social en Salud¹²", con el propósito de "garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la salud¹³ y a la vida digna", de manera que la orden de atención integral resulta coherente en cuanto asegura esta continuidad en la prestación del servicio de salud a una persona con diagnósticos de gonartrosis primaria bilateral, enfermedad controlable, que de no ser atendida en debida forma puede dar lugar a otras afectaciones.

⁷ Corte Constitucional, sentencias T- 282 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), T- 252 de 2017 (M.P. (e) Iván Humberto Escruera Mayolo).

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

⁹ Cédula de ciudadanía Ítem 003, folio 08 expediente 1ª Instancia así lo reporta

¹⁰ Sentencia T-263 de 2009. Luís Ernesto Vargas Silva

¹¹ Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras

¹² De conformidad con el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el principio de eficiencia implica "la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

¹³ De conformidad con la sentencia C-463 de 2008, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva del propio texto constitucional. Al respecto, la Corte explicó que el principio de universalidad del derecho a la salud dispuesto en el artículo 48 Superior, conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del Sistema General de Salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud deben ser prestados en razón de las necesidades de los usuarios del Sistema. Así, la Corte concluyó que del principio de universalidad en materia de salud se desprende primordialmente el entendimiento de la Corporación del derecho a la salud como un derecho fundamental, pues un rasgo primordial de la fundamentalidad de un derecho es su exigencia de universalidad, es decir, que sea predicable y reconocido para todas las personas sin excepción.

Al respecto se aprecia que este fue un fundamento central en la cual se apoyó el juzgado de instancia para conceder el amparo constitucional, lo cual resulta razonable en cuanto que se trata asegurar la debida prestación del servicio de salud requerido, toda vez que pasado casi tres meses no se le ha realizado la procedimiento quirúrgico denominado **paquete de reemplazo articular primario de rodilla derecha**, ordenados por su médico tratante, que sí se encuentra previsto en el Plan Básico de Salud tal como lo mencionaron EMSSANAR y el Ministerio de Salud en sus respuestas a la presente acción.

Lo anterior nos lleva recordar cómo el artículo 86 constitucional permite otorgar el amparo no solo cuando el derecho fundamental se aprecia vulnerado, sino también cuando se vea amenazado como en el presente caso. Afirmación ésta que tiene razón de ser en cuanto que si bien la EPS accionada contestó que ya autorizó la prestación del servicio de trasplante requerido, lo cual hizo con ocasión de la presente acción; lo cierto es que a la fecha de decidir no se tiene certeza de su prestación. En consecuencia, dado que el artículo 86 constitucional permite amparar un derecho fundamental no solo cuando se encuentre vulnerado, sino también amenazado, es por lo que se comparte el sentido de la decisión judicial impugnada. En lo demás se debe anotar que resulta razonable la decisión proferida en favor de MARIELA VÉLEZ RODRIGUEZ, dadas sus condiciones de salud, mujer y edad avanzada que la tornan en un ser humano frágil, por lo que se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

4. El amparo integral. Cabe recordar lo que sobre esta señala el artículo 8 de la ley estatutaria de la salud, es decir la ley 1751 de 2015 señala: (norma aplicable en virtud del artículo 13 constitucional) señala:

"ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. **No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.**" (negrillas del juzgado).

Sirva este recuento normativo para hacer ver que el hecho de emitirse una orden judicial de amparo integral respecto de una o unas determinadas situaciones de salud en favor de una persona enferma, cuyo diagnóstico es gonartrosis primaria bilateral, quien por tanto está siendo remitida por el servicio de medicina general, servicio especializado en cirugía ortopédica y traumatología, no obedece a un capricho, sino que se ajusta al marco legal.

Cabe agregar que en la medida en que el memorial de tutela se alude a una afectación concreta a saber la necesidad de reemplazo articula de rodilla derecha, ha entenderse que la integralidad concedida es inherente a todo lo sea conexo con dicho procedimiento, para mejorar la calidad de vida de la paciente. Al respecto el artículo 8 de la ley 1751 de 2015 dispone sobre la integralidad:

“Artículo 8º.*La integralidad.* Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.” (negrillas del juzgado)

A su turno la Corte Constitucional ha avalado tal mandato legal al señalar en su sentencia SU-508 del 2020; M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

“156. El efecto de aplicar el principio de integralidad en el sistema de inclusión puede verse en algunos enunciados normativos. El primero de ellos es el artículo 8 inciso 2 de la Ley, que establece que, en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología en salud, se entenderá que éstos comprenden todos los elementos esenciales para lograr el objetivo médico respecto a la necesidad en salud diagnosticada. La Corte Constitucional ha entendido que este efecto refleja también el principio *pro homine*^[160]. **Esto significa que la duda sobre el alcance del servicio o tecnología puede desembocar en consecuencias graves para el usuario, pues se le brindaría una atención inadecuada^[161]. Por ello es necesario que la duda se resuelva bajo el criterio de garantía efectiva de derechos, así como de evitar el daño sobre quien se prestará el servicio o suministrará la tecnología en salud^[162].**” (negrillas del juzgado)

Sirvan esta citas legal e interpretativa, para señalar con relación al presente debate que la integralidad concedida en el fallo de primera instancia es acertada, debe entender referida al diagnóstico y por el cual le fue prescrito paquete de reemplazo articular primario de rodilla derecha, cuya **orden médica obra itm 3, folio 10,11** de la actuación de primera instancia en este expediente, otorgada a la señora Mariela Vélez Rodríguez, suscrita por el médico Hernán Aníbal Muñoz Piedrahita, por eso no es susceptible de revocarse.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia N° 123 del 28 de agosto de 2023, proferida por el **Juzgado Cuarto Municipal de Palmira, Valle del Cauca**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por la señora **MARIELA VELÉZ RODRÍGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía **N° 29.651.108**, a través de agente oficiosa, contra **EMSSANAR EPS S.A.S.**

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, a la accionante, al accionado, a los vinculados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

TERCERO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:

Luz Amelia Bastidas Segura

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Palmira - 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: 38dc7ac5fb05b6d8776af85fbb167a459d729dd2c038145ab8c9dcd356069c35

Documento generado en 02/10/2023 04:51:52 PM

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