SENTENCIA DE TUTELA No. 124
PRIMERA INSTANCIA
Referencia: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**
Accionante: MARIA CRISTINA PUENTES SALAZAR agente oficiosa de MARIA DORALBA SALAZAR SILVA
Accionada: ASMET SALUD EPS
Vinculados: DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS
Radicación: 2020-00362-00

REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DÉCIMO CIVIL MINICIPAL

Manizales (Caldas) veintinueve (29) de septiembre del dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.

Decidir sobre la acción de tutela instaurada por la señora **MARIA CRISTINA PUENTES SALAZAR,** agente oficiosa de **MARIA DORALBA SALAZAR SILVA**, contra la **EPS ASMET SALUD** a fin de que se le amparen los derechos fundamentales a la **SALUD, A LA VIDA Y A LA DIGNIDAD HUMANA.**

II. IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:

La señora **MARIA DORALBA SALAZAR SILVA**, se identifica con la cédula de ciudadanía número 30.305.577, agenciada oficiosamente por **MARIA CRISTINA PUENTES SALAZAR** se identifica con C.C. 1.053.841.553, quienes reciben notificaciones en el correo electrónico **Jorge.t2009@hotmail.com.**

III. IDENTIDAD DEL ENTE ACCIONADO Y LAS VINCULADAS:

EPS ASMET SALUD, recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@asmetsalud.org.co

DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, recibe notificaciones en el correo electrónico **notificacionesjudiciales@saluddecaldas.gov.co**.

IV. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

La accionante impetró esta acción constitucional a fin de que se le tutelen a su agenciada los derechos fundamentales a la **SALUD, A LA VIDA Y A LA DIGNIDAD HUMANA** los cuales afirma le están siendo vulnerados por la entidad accionada, según los hechos que a renglón seguido se sintetizan:

1. La señora **MARIA DORALBA** tiene 54 años de edad, es analfabeta y actualmente se encuentra afiliada a **ASMET SALUD EPS.**

2. Hace aproximadamente 3 meses sufre una **EVENTRORRAFIA CON MALLA INFRAUMBILICAL Y COLECISTECTOMÍA LAPAROSCOPIA.**

3. Además de esto, tuvo dehiscencia parcial de herida que requirió manejo con terapia asistida con vacío, actualmente herida dehiscente hacia tercio medio 2x2 cm, sin exposición de malla, pero sin buen tejido de granulación.

4. El pasado 2 de setiembre tuvo una **CAM-CONSULTA EXTERNA**, en la cual se le receto el medicamento denominado **FITOESTIMULINE GEL**, dicho medicamento debe ser aplicado todos los días sobre el abdomen.

5. El medicamento en mención no ha sido suministrado por la **EPS ASMET SALUD**, lo que le impide a la señora **MARIA DORALBA** llevar una vida digna y sin malestares físicos.

Una vez se verificó que la presente acción se ajusta a los lineamientos generales exigidos, fue avocado su conocimiento, y se ordenó la notificación de la entidad accionada y de las vinculadas, quienes ejercieron su derecho de defensa como pasa a relatarse.

EPS ASMET SALUD: La entidad accionada no dio respuesta a la acción de tutela de marras, pese a haber sido notificada en debida forma de la misma, razón por la cual se tendrán por ciertos los hechos por los cuales se indaga, de conformidad con el artículo 20 del decreto 2591 del 91.

DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS (vinculados): Del reparto realizado por su digno despacho, se colige que la paciente, se encuentra afiliada a la **EPS S ASMETSALUD EPS SUBSIDIADO**.

Por lo anterior, toda la atención en materia de salud, (procedimientos quirúrgicos, exámenes de laboratorio, suministro de medicamentos, entre otras.), debe ser asumida por dicha entidad.

En cuanto al medicamento denominado **FITOESTIMULINE**, requerido por la accionante, no es competencia del ente Territorial de Salud el suministro del mismo, pues el tratamiento médico que requiere la afectada, es responsabilidad única y exclusiva de la EPS S y de la Administradora de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –ADRES.

Por lo anterior, cabe concluir que la **EPS S ASMETSALUD EPS** es quien debe proceder a autorizar y realizar el procedimiento en salud objeto de controversia, dando cumplimiento a la Ley estatutaria 1751 de 2015, razón por la cual se solicita Señor Juez, de la manera más atenta, la desvinculación de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, por las razones esbozadas en precedencia y teniendo en cuenta la normatividad actual "Ley 1955 del 2019", que eliminó la competencia de la entidad para el pago y suministro de los servicios NO POS.

V. GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86 dispuso como mecanismo Institucional la Acción de Tutela, la cual fue reglamentada por el legislador mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, estableciendo, entre otros derechos, que toda persona puede solicitar ante la autoridad competente la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad

pública o de particulares, en los casos establecidos en la ley, entendiéndose incluidos los consagrados como derechos de los menores y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y acogidos por la Ley Colombiana.

Pese a lo anterior, este mecanismo constitucional no se predica como un nuevo arbitrio procesal, de jerarquía extraordinaria, ni de preferente escogencia por quien la invoque, pues no puede ser convertida en un instrumento paralelo a las vías de protección fijadas en la ley. Por su esencia y fundamento la Acción de Tutela es prevalente y tiene la fisonomía característica de solución o cura para la efectividad en la protección de un derecho constitucional, considerada excepcional porque únicamente es procedente ante la evidencia cierta de una restricción arbitraria de las libertades reconocidas por la Constitución o bien de la existencia de una amenaza inminente y grave de que en el futuro esa restricción se producirá de no mediar la tutela.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces de la República, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal, con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata por parte del Estado de sus derechos fundamentales, en un caso en particular, consideradas las circunstancias específicas en que se encuentre y en las que se produjo la amenaza o vulneración, y a falta de otros medios, buscando que se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebrantos o amenazas a tales derechos. De esta manera se logra cumplir uno de los fines esenciales del Estado (C.P. Art. 2º.) consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna.

Legitimación de las partes

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales. Por su parte, la accionada es una entidad de derecho privado y está legitimada en la causa por pasiva en este procedimiento. En cuanto a las vinculadas, pueden ver afectados sus intereses con las resultas del presente trámite, por lo cual también están legitimadas por pasiva.

Competencia

Este despacho tiene la competencia para tramitar y fallar la acción incoada, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 en el cual se asigna su conocimiento a todos los Jueces de la República sin determinar competencia territorial de manera exclusiva, salvo el lugar donde ocurre la vulneración del Derecho. Es pues el Decreto 1983 de 2017 que asigna a los Jueces con categoría municipal el reparto de las tutelas dirigidas contra particulares.

Pruebas obrantes en el expediente.

- A la acción de tutela se anexaron: la copia de la historia clínica, copia de fórmulas médicas de medicamentos pendientes y cédula de ciudadanía de **MARIA DORALBA.**

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema planteado consiste en determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la accionante, al no realizar la entrega efectiva del medicamento denominado **"FITOESTIMULINE GEL".**

VII. CONSIDERACIONES

1.Del derecho a la salud.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008, en donde actuó como magistrado ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expresa en el numeral 3.2.1., que "**La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud**". Sentencia en el que retoma algunos aspectos sobre el carácter de derecho fundamental que jurisprudencialmente y doctrinariamente se le ha concedido al derecho a la salud consagrado constitucionalmente; es así como, este operador jurídico se adhiere a la posición adoptada por el máximo tribunal constitucional; así:

> "...*En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.*"
>
> *3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).*
>
> *Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificioso' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,*
>
> *"Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.*
>
> *Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'. Para la jurisprudencia constitucional "(…) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.*" (Subrayado y cursiva fuera del texto).

También debe tenerse en cuenta, que el Estado colombiano expidió la ley estatutaria de la salud (Ley 1751 de 2015) sancionada por el señor presidente de la república, el día 16 de febrero de ésa misma anualidad; disposición por medio de la cual se consagra la salud como derecho de carácter fundamental autónomo.

Tenemos entonces que la salud se reconoce no sólo a nivel interno en la Carta Magna y en su desarrollo por órganos del Estado, como lo son el propio ejecutivo y legislativo con la expedición de la ley estatutaria de la salud, sino también por la Honorable Corte Constitucional en sus providencias como un derecho constitucional inalienable; consideración que trasciende las fronteras; ello cuando a nivel internacional también se reconoce la salud como derecho fundamental.

Muestra de ésa consagración, lo son el Pacto Internacional de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con toda ésa regulación se busca el disfrute del más alto nivel en salud física y mental y el acceso a los avances científicos; debiendo en aplicación a ello, el Estado Colombiano buscar que el acceso a los servicios de salud, estén al alcance del grueso de la población, la cual por regla general, es la que se encuentra en condiciones de indefensión o debilidad manifiesta, ya por no tener alguna capacidad económica, ya por ser ésta muy limitada; en donde el Estado debe garantizarles sus derechos en condiciones de igualdad real y efectiva frente a los demás actores sociales.

Tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, "toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona."

1.1. Del derecho a la vida

Respecto del derecho fundamental a la vida, nuestro honorable corte constitucional en sentencia T-444 de 1999, manifiesta lo siguiente:

> *En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna.*

2. CASO CONCRETO

2.1 Lo planteado por la parte accionante.

Manifiesta la accionante que se le vulneran los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la dignidad humana, al no realizar la entrega efectiva del medicamento denominado **"FITOESTIMULINE GEL".**

2.2 De lo probado se tiene

Se desprende del acervo probatorio adosado al expediente que a la señora **MARIA DORALBA SALAZAR SILVA,** se le realizó una **EVENTRORRAFIA CON MALLA INFRAUMBILICAL Y COLECISTECTOMÍA LAPAROSCOPIA,** tal y como se evidencia en la historia clínica aportada con la acción.

De igual forma se tiene probado que le fue ordenado por su médico tratante el medicamento denominado **"FITOESTIMULINE GEL",** como se logra evidenciar en las ordenes medicas aportas con la acción de tutela.

Al respecto el máximo tribunal mediante la sentencia T- 361 de 2014, con relación a la atención inmediata que reclaman los pacientes señaló:

> *"…Es deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*
>
> *Existe una garantía para acceder a los servicios de salud, los cuales se deben prestar libres de obstáculos burocráticos y administrativos. De esa forma, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta e impide su efectiva recuperación física y emocional. Es decir, los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas..."*

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha recalcado que tanto las EPS contributivas como las EPS-Subsidiadas (EPS-S), tienen la obligación de suministrar al usuario, sin dilaciones injustificadas, aquellos medicamentos o procedimientos que necesiten para restablecer o mantener su estado de salud estén o no incluidos dentro de los Planes de Beneficios de Salud, pues respecto de estos el afiliado tiene un derecho subjetivo, cuya protección es susceptible de ser exigida de manera inmediata.

Dicho lo anterior y ante el silencio de la **EPS ASMET SALUD**, se puede deducir que los servicios deprecados deben ser prestados sin dilación alguna. En este orden de ideas, debe destacarse que el actuar de **EPS ASMET SALUD** se ha tornado descuidado, pues no comprende esta judicatura la demora para realizar la entrega de los medicamentos ordenados.

Ahora y frente a la solicitud de tratamiento integral, el despacho después de realizar un análisis de los documentos anexos no puede extraer que la señora **MARIA DORALBA SALAZAR** ya tenga una enfermedad determinada, permanente, específica, con proyección en el tiempo, toda vez que se desprende de la historia clínica que la misma se está recuperando de un procedimiento quirúrgico denominado **EVENTRORRAFIA CON MALLA INFRAUMBILICAL Y COLECISTECTOMÍA LAPAROSCOPIA,** razón por la cual le fueron ordenados los medicamentos.

2.3 Conclusión

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra esta dependencia ante la apremiante necesidad de conceder el amparo constitucional reclamado respecto

de los derechos anunciado por la demandante para su agenciada, y como efecto implícito de ello, se ordenará a **ASMET SALUD EPS** que en el término de 48 horas si aún no lo ha hecho, autorice y entregue el medicamento denominado **"FITOESTIMULINE GEL",** tal y como lo ordeno su médico tratante.

Por lo anterior, se ordenará la desvinculación del **DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS,** toda vez que no se evidencia que hayan vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO MUNICIPAL DE MANIZALES (CALDAS),** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a **LA SALUD y A LA VIDA** de la señora **MARIA DORALBA SALAZAR SILVA** y en contra de la **EPS ASMET SALUD**, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS ASMET SALUD** a través de su representante legal, para que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice y haga entrega efectiva del medicamento denominado **"FITOESTIMULINE GEL",** tal y como lo ordenó su médico tratante.

TERCERO: ABSTENERSE de conceder el tratamiento integral a la señora **MARIA DORALBA SALAZAR SILVA**, por lo dicho en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: DESVINCULAR al **DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS,** por lo dicho en esta providencia.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz, con la advertencia de que podrá ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado.

NOTIFÍQUESE,

JUZGADO DECIMO CIVIL MUNICIPAL
MANIZALES – CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADOS

La providencia anterior se notifica en el Estado

No. 107 del 30 de septiembre de 2020

FRANCISCO CARRASCO VELASQUEZ
SECRETARIO