



REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS SENTENCIA No. 224

Cali, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- ASUNTO

Se profiere sentencia en la acción de tutela incoada por la señora CARLOTA GOMEZ DE GARCIA en contra de la EPS ASMET SALUD S.A.S, con el fin de que se le proteja su derecho fundamental a la salud.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

1.- Manifiesta la accionante que, desde aproximadamente 4 años fue diagnosticada con osteoporosis idiopática post menopausia, por lo que se le ordenó por el médico tratante, el suministro mensual del medicamento "*Acido zoledronico*", el cual se le ha venido aplicando en la entidad UNICANCER, sin embargo, en la última oportunidad no se le puso aplicar, toda vez que la EPS ASMET SALUD no suministró el medicamento.

2.- Que el 17 y 22 de agosto de 2023 solicitó a la EPS accionada que le prescriban nuevamente el medicamento, toda vez que cuando se presenta a reclamar le informan que la orden para la entrega y aplicación del medicamento se encuentran vencidas.

B. PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE.

Solicita la accionante, que se ordene a ASMET SALUD, que le suministre el medicamento *Acido zoledronico* que le fue ordenado por el médico tratante y en adelante se le continúa proporcionando de manera oportuna de acuerdo con las prescripciones médicas y su temporalidad.

C.- ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de 12 de septiembre de 2023, este despacho admitió la tutela ordenando oficiar a la entidad accionada con el fin de que en el término de dos días se pronunciara sobre los hechos y

pretensiones de la tutela y se dispuso la vinculación de UNICANCER CALI y las SECRETARIA DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL DE SALUD.

D.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y LAS VINCULADAS.

ASMET SALUD EPS , no contestó la tutela, pese a haber sido oportunamente notificada.

UNICANCER manifiesta que la paciente ha recibido atención en esa Institución para la aplicación del medicamento, el 2 de diciembre de 2019 y marzo de 2022; agrega que *"Registra cita programada para el 09 de agosto del 2023, sin embargo, el servicio no fue prestado por no contar con el medicamento requerido, el cual debe ser suministrado por el proveedor indicado por ASMETSALUD."*

LA SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD: Expone que *"Revisada la Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social - ADRES- ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD; se evidencia que la accionante se encuentra activa en la Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud ASMET SALUD EPS S.A.S sabilidad de esta Entidad Administradora de Planes de Beneficios en Salud, garantizarle al menor en forma Integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos y tecnologías conforme a lo indicado por su médico tratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, a través de las IPS de la red pública o privada con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, o adquirirlo de no tenerlo.."*

LA SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL: refiere que como autoridad sanitaria, su función no es la de prestar servicios de salud sino la de garantizarla mediante el direccionamiento de políticas públicas, además luego de citar precedentes jurisprudenciales y normas en materia de salud, afirma que lo requerido por el tutelante debe ser proporcionado por la EPS accionada, pues es una entidad con presupuesto propio, autonomía administrativa, jurídica y financiera, por tanto llamada a brindar los servicios que el paciente requiera.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar ASMET SALUD EPS ha vulnerado los derechos de la accionante por no suministrar y realizar la aplicación del medicamento que le fue ordenado por el médico tratante.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2.591 de 1.991 y artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, este despacho es competente conocer la tutela de la referencia.

B. MARCO NORMATIVO Y JURIPRUDENCIAL

3.1. La naturaleza de la salud: servicio público esencial y derecho fundamental autónomo

3.1.1. La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

3.1.2. Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela. A continuación se hará una breve reseña de los pronunciamientos cruciales que desarrollaron la concepción de la salud como derecho fundamental en sí mismo.

Derecho fundamental por conexidad

3.1.3. Una de las primeras sentencias en ampliar la concepción de la salud como servicio público y avanzar hacia su reconocimiento como derecho fundamental fue la sentencia T-406 de 1992. En ella, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados como fundamentales en aquellos casos en que sea evidente su conexión con un derecho fundamental de aplicación inmediata: probada esta conexión, sería posible su protección en sede de tutela. En ese sentido, en un primer momento la postura de la Corte Constitucional giró en torno a la posibilidad de intervenir y proteger el acceso a la salud de las personas por su "conexidad" con el derecho fundamental a la vida.

3.1.4. Es decir, según el criterio de "conexidad", bajo ciertas circunstancias el acceso al servicio público de salud era susceptible de ser exigido por vía de tutela si se evidenciaba que su falta de prestación podía vulnerar derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana. El principal mérito de esta sentencia fue su aporte en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho al igualar, con fines de protección, los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos fundamentales. (. . .)

La salud como derecho fundamental autónomo

3.1.8. La anterior postura, basada en la dignidad del individuo como eje de los derechos fundamentales, contribuyó a superar la argumentación de la "conexidad" como estrategia para proteger un derecho constitucional. Esta nueva concepción advirtió que más allá de la discusión académica, no existe una verdadera distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Constitucional fue clara al señalar en la sentencia T-016 de 2007 lo siguiente:

"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".

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que "la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela".

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona."¹

Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud".

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen

¹ Sentencia Y-171-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)".

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que "la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el *ordenamiento jurídico* colombiano". Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía "pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo *mandado por el constituyente*".

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados."²

C. CASO CONCRETO

En primer lugar y antes de adentrarnos en el análisis del caso que ahora ocupa la atención del Despacho, hay que decir que se encuentran cumplidos los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela.

En efecto: i) se trata de un asunto de relevancia constitucional; ii) la parte accionante no tiene al alcance otro mecanismo de igual eficacia para obtener la protección del derecho que invoca; iii) están identificados los hechos y iv) se cumple con el requisito de inmediatez, amén de que existe legitimación en la causa en las partes comparecientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CARLOTA GOMEZ DE GARCIA fue diagnosticada con osteoporosis idiopática post menopausia, por lo que se le ordenó por el médico

² Sentencia T-196-2018. Mag. Pon. Dra Cristina Pardo Schlesinger

tratante, el suministro mensual del medicamento "Acido zoledronico", el cual se le ha venido aplicando en la entidad UNICANCER, sin embargo, en la última oportunidad no se le pudo aplicar, toda vez que la EPS ASMET SALUD no suministró el medicamento, lo cual atenta contra su derecho a la salud; esta manifestación es ratificada por UNICANCER, entidad que afirma que la paciente tenía cita para la aplicación del medicamento, el 9 de agosto de 2023, pero no fue posible toda vez que la EPS no lo ha suministrado.

La EPS ASMET SALUD por su parte, no contestó la tutela y guardó silencio durante todo el trámite constitucional, situación por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad, instrumento estatuido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por lo que los hechos expuestos en el escrito tutelar serán tenidos como ciertos, como sanción al desinterés o negligencia de la citada institución.

Por lo anterior y como quiera que ASMET SALUD EPS, no ha suministrado a la señora CARLOTA GOMEZ DE GARCIA el medicamento "ACIDO ZOLEDRONICO 5 mg/100 ml solución perfusión, solución inyectable", que le fue prescrito por el médico tratante y que se le debe aplicar mensualmente, lo cual indudablemente conculca su derecho a la salud, la protección constitucional se abre paso.

En consecuencia, se ordenará a ASMET SALUD EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, entregue y aplique a la paciente CARLOTA GOMEZ DE GARCIA el medicamento "ACIDO ZOLEDRONICO 5 mg/100 ml solución perfusión, solución inyectable", que le fue prescrito por el médico tratante; se ordenará además a la EPS accionada, que continúe suministrando el medicamento a la paciente, en la cantidad y con la periodicidad ordenada por el médico tratante.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección tutelar invocada por la señora CARLOTA GOMEZ DE GARCIA.

SEGUNDO: ORDENAR a ASMET SALUD EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación



de este fallo, entregue y aplique a la paciente CARLOTA GOMEZ DE GARCIA el medicamento "ACIDO ZOLEDRONICO 5 mg/100 ml solución perfusión, solución inyectable", que le fue prescrito por el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a ASMET SALUD EPS, que continúe suministrando el medicamento a la paciente, en la cantidad y con la periodicidad ordenada por el médico tratante.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes, a más tardar al día siguiente por el medio más expedito el presente fallo (art. 30 Decreto 2.591/91).

QUINTO: Si no fuere impugnada la decisión dentro del término de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 31 y 32 ibídem).

SEXTO: ARCHIVASE el expediente en su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,

CECILIA EUGENIA BOLAÑOS ORDOÑEZ
Rad.- 2023-202-00