



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN MARTÍN-CESAR
Correo Electrónico J01prmpalsanmartin@Cendoj.Ramajudicial.Gov.Co

SAN MARTIN-CESAR, DIECIOCHO (18) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)

ASUNTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS
ACCIONADO	ASMET SALUD EPS
RADICADO	20 77 004 89 001 2024 00132 00
DECISIÓN	CONCEDE

ASUNTO

Entra este Juzgado a proferir el fallo de tutela que en derecho corresponda dentro de la presente acción impetrada por MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS en contra de ASMET SALUD EPS por violación al derecho fundamental de salud, vida, seguridad social, integridad física.

HECHOS ACCIONANTE

La accionante, es una paciente de 63 años de edad, el cual pertenece al régimen subsidiado, clasificada en el Sisbén A5 pobreza extrema, aduce que no cuenta con un trabajo estable y que su único ingreso es el subsidio de adulto mayor, por lo cual carece de recursos económicos para sufragar los gastos de transporte y viáticos que se requiere para el traslado de la operación de HISTERECTOMIA VAGINAL.

Pruebas:

La accionante fundamenta los anteriores hechos y pretensiones con las siguientes pruebas:

- 1. Sisbén
- 2. Historia Clínica
- 3. Autorización de servicios médicos

PRETENSIONES

Con base en los hechos relacionados y la Jurisprudencia Constitucional al respecto, solicita al Despacho de la Señora Juez Constitucional quien desatara la presente Acción Constitucional, inicie el respetivo estudio e investigación de los hechos mencionados y se proteja en el término a partir de la ejecutoria de la Sentencia de Tutela lo siguiente:

- 1. Se conceda los derechos fundamentales salud, vida, seguridad social, integridad física a favor de MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS.
- 2. Se ordene a la EPS ASMET SALUD, el suministro de transporte, hospedaje y alimentación para ella y su acompañante a fin de combatir la patología que padece.
- 3. Se ordene a la EPS ASMET SALUD, autorizar de manera urgente y prioritaria, la cirugía histerectomía vaginal, colporrafia anterior y posterior y colpoxeia vía vaginal.

ACTUACIÓN PROCESAL

En auto 13 de marzo de 2024, se admitió la acción de tutela, presentada por MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS en contra de la EPS ASMET SALUD, el cual fue notificado por vía correo electrónico. Así mismo, se ordenó la vinculación SUPERINTENDENCIA DE SALUD, ADRES y SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CESAR.

CONTESTACIÓN

EPS ASMET SALUD

Indica que una vez analizados los hechos y pretensiones que motivaron a la señora MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS a interponer acción de tutela con el fin de que sea autorizado los viáticos para la realización de procedimiento HISTEROSCOPIA VAGINAL, COLPOGRAFIA ANTERIOR Y POSTERIOR Y COLPOEXIA VIA VAGINAL.

Nos permitimos informar a su respetable despacho, que la señora MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS, el 01 febrero 2024 con el anestesiólogo, donde el especialista le ordenó la realización de dos exámenes de laboratorio (creatinina y glucosa) que le hizo falta traer el día de la consulta.

Los exámenes de laboratorio fueron presentados el 6 marzo 2024, la cual lo revaloró el anestesiólogo quien dio paso para la programación del procedimiento quirúrgico.

la paciente se dirige al consultorio donde atiende el Auxiliar José Elio Machado, quien lleva la agenda del anestesiólogo, dejándole la historia clínica con todos sus prequirúrgicos para que le haga la gestión de programar la cirugía en la oficina del jefe del servicio, la cual se dejó en lista en espera el día 07 marzo 2024, dado a la agenda de la especialista Dra. Derlly Espitia, se priorizará su programación para el mes de abril, apenas se tenga la agenda de ese mes disponibles.

Vale recordar que para la programación de cirugía (Histerectomía vaginal + colporrafia anterior y posterior + colpoxia vaginal) se requiere de una preparación y unas recomendaciones de 4 días de dieta antes del procedimiento quirúrgico la cual debe hacerse con antelación, lo cual se le da a conocer a la usuaria.

A partir del primero de abril de 2018 entra en vigencia la normatividad bajo la Resolución 2438/2018, por la cual se establece el procedimiento y los requisitos para el acceso, reporte de prescripción y suministro de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC del Régimen Subsidiado y servicios complementarios y se dictan otras disposiciones. Así las cosas, el transporte diferente a ambulancia INTERMUNICIPAL es un servicio COMPLEMENTARIO.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

I. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer la acción de conformidad con lo establecido el Art. 86 de la C.N. y el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991.

II. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Por activa El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que *“(…) toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la*

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales(...)”.

por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo *“procede contra toda acción u omisión de las autoridades”*, si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificar si las entidades presuntamente trasgresoras de las prerrogativas de un individuo tienen la *“aptitud legal”* para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso.

III. SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ ¹

Subsidiariedad. Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos *per se* por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio. ²

El principio de subsidiaridad se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial *“porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela es instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante”*.

Inmediatez respecto de la oportunidad para su presentación, la corte constitucional ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales.

IV. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico puesto en consideración se contrae a la necesidad de establecer, si la EPS ASMET SALUD le está vulnerando los derechos fundamentales invocados por la señora MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS ante la demora en realizar el procedimiento (Histerectomía vaginal + colpografía anterior y posterior + colpopexia vaginal) de acuerdo a lo ordenado por el médico tratante.

^{1 1 1} Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ya ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la existencia de otro mecanismo judicial y el perjuicio irremediable se tomará como modelos de reiteración los fijados por la Magistrada Sustanciadora en las sentencias T -704 de 2015, T-736 de 2015, T- 593 de 2015, T-185 de 2016 y en el Auto 132 de 2015

² ver Sentencias T-081 de 2021, M.P. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR; T- 678 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-899 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre muchas otras.

Resuelto el anterior problema jurídico corresponde a esta agencia judicial establecer el suministro de gastos de transporte que requiere la accionante que le fueron autorizados por fuera del municipio de San Martín- Cesar.

V. REFERENTE NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA DECISIÓN.

Sea primero indicar que la acción de tutela es improcedente cuando existen otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos de los ciudadanos, a menos que, se concluya que ese mecanismo no resulta eficaz ni idóneo, dada la presencia de una amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable que esté debidamente probada, momento a partir del cual se activa el estudio de la acción constitucional en aras de verificar la vulneración de los derechos fundamentales.

En relación al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, conviene precisar que se trata de un derecho fundamental, de conformidad con lo previsto en la Ley 1751 de 2015, y lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, se encuentra a cargo del Estado, con miras a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el cual resulta objeto de protección por vía de tutela cuando el servicio requerido: *(i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S), (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad, o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber*² (ver sentencia T-757 de 1998, T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-076 de 1999, T-344 de 2002, T-484 de 1992 y sentencia T-760/08)

Así mismo, en sentencia T-154 de 2014, señaló los casos en los que los usuarios del sistema de seguridad social en salud podrán solicitar el suministro de procedimientos, tratamientos o medicamentos NO POS a través de acción de tutela: *“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”*

Ahora, en materia de gastos de transporte y alojamiento del paciente y su acompañante a fin de materializar el derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional dijo en sentencia T-760 de 2008, que, aunque estos no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención. Por eso, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, se ha establecido que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia³. En desarrollo de esa premisa, procede la protección a través de la acción de tutela

² Sentencia T-760/08

³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-741 de 2007.

cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud.

Así las cosas, en la sentencia T-760 de 2008, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en que i) Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido. ii) Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante. iii) Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia.

En este último evento el pago de gastos de transporte intermunicipal procede cuando i) *El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente. li) Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado. lii) De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. iv) Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.*

Así mismo, fueron establecidas en sentencia T-350 de 2003, tres situaciones en las que procede el amparo constitucional para la financiación de los gastos de transporte para el acompañante del paciente: 1. Cuando el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento 2. Requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y 3. Ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. El anterior precedente judicial fue reiterado recientemente en Sentencia T- 447/14, cuando se dijo: De otra parte, respecto al servicio de transporte en medios especiales, la Corte Constitucional hizo alusión en Sentencia T-705/14, en la cual manifestó que...”*El otorgamiento del servicio de transporte por parte de una EPS en un medio especial, obedecerá a las circunstancias particulares que rodeen la situación del paciente, quien, en algunos casos, por su condición de salud física o mental, no podrá soportar un determinado medio de transporte, sin que ello afecte su derecho a tener una vida en las condiciones más dignas posibles.*”

Los adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.

Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores

cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:

“(…) si bien, no puede confundirse vejez con enfermedad o con pérdida de las capacidades para aportar a la sociedad elementos valiosos de convivencia, tampoco puede perderse de vista que muchas de las personas adultas mayores se enfrentan con el correr de los años a circunstancias de debilidad por causa del deterioro de su salud, motivo por el cual merecen estas personas una protección especial de parte del Estado, de la sociedad y de la familia, tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional”.

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

“(…) la tercera edad apareja ciertos riesgos de carácter especial que se ciernen sobre la salud de las personas y que deben ser considerados por el Estado Social de Derecho con el fin de brindar una protección integral del derecho a la salud, que en tal contexto constituye un derecho fundamental autónomo”.

Por tales razones, la Corte reitera que los adultos mayores no pueden ser discriminados ni marginados en razón de su edad, pues además de transgredir sus derechos fundamentales, se priva a la sociedad de contar con su experiencia de manera enriquecedora”.

Ahora bien, cabe destacar que, mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho hincapié en que la condición de sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros. Así, les corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas”⁴

VI. CASO CONCRETO

La respuesta del despacho al primer problema jurídico planteado en el presente asunto es que la promotora de salud accionada ha vulnerado los derechos de la paciente al no agendar el procedimiento de (Histerectomía vaginal + colporrafia anterior y posterior + colpopexia vaginal) prescritos por el médico tratante, por lo que no se concede en este sentido. Atendiendo que los mismos fueron autorizados por la EPS ASMET SALUD.

Por demás, los contingentes entrabes administrativos no pueden ser oponibles al accionante a fin de denotar demora en cuanto a su procedimiento, máxime cuando inadecuadamente puede supeditarse la ejecución del procedimiento clínico a la «agenda y disponibilidad» de las instituciones prestadoras de salud a las que alude la entidad enjuiciada en la contestación del libelo tutelar.

⁴ Corte constitucional, Sentencia T-066/20

Así entonces, se debe abrir paso al amparo instado en lo que toca con el procedimiento médico ut supra aludido, puesto que el deber médico asistencial en cabeza del ente accionado no puede supeditarse a los contingentes conflictos de administrativo que se susciten al interior de una EPS, o entre esta y las instituciones prestadoras de salud, y que no pueden ser un obstáculo para la prestación efectiva del apuntado servicio público de salud, puesto que la responsabilidad de la atención médica permanece siempre en su cabeza.

Finalmente, en aplicación del principio de continuidad en el servicio, debe extenderse la concesión del amparo al tratamiento integral que la dolencia del accionante exija, lo que se fundamenta en el hecho de que la atención que ha de brindarse a quien padece de una enfermedad debe ser global y dirigida al restablecimiento de su estado de salud, máxime que es una persona de la tercera edad, pues tiene 63 años (según se deduce de la copia de la Cédula de Ciudadanía), lo que le otorga la condición de «sujeto de especial protección constitucional» (C.C. Sentencias T-167 de 2011, T-252 de 2017, etc.), siendo que, la salvaguarda tutelar debe propender por la mejor defensa de sus prerrogativas.

Resuelto el primer problema jurídico, nos referiremos en esta oportunidad a los gastos de viáticos que requiere la actora para acudir al procedimiento (Histerectomía vaginal + colpografía anterior y posterior + colpopexia vaginal) prescritos por el médico tratante, lo que impone el resguardo de los derechos deprecados en ese aspecto, pues se trata de un adulto mayor sujeto de protección especial, así mismo que la accionante pertenece al régimen subsidiado, por otro lado cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho. En caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente se entenderá probada. Lo que configura uno de los eventos previstos en la jurisprudencia constitucional examinada para que surja la obligación de la Promotora de Salud de asumir los gastos de viáticos para que de esa manera el afiliado reciba la asistencia médica requerida.

En efecto, de lo informado por la accionante en el escrito de tutela, se evidencia que por disposición de EPS ASMET SALUD, los tratamientos ordenados por su médico tratante se realizarán por fuera del municipio de residencia de la accionante; de modo que corresponde garantizar la atención médica en forma efectiva, removiendo las barreras que restringen el acceso a un estado completo de bienestar físico, mental y social, conforme a lo exigido por el estado constitucional de derecho, lo que se materializa en este caso con la orden a la entidad accionada de suministrar los gastos de transporte intermunicipal para que el paciente se traslade desde su domicilio es decir San Martín-Cesar hasta Valledupar o el lugar que corresponda.

Ahora, de cara a la solicitud de recobro elevada por la EPS accionada, basta decir que esa posibilidad está sujeta a las disposiciones legales que regulan la materia sin necesidad de orden que así lo disponga, pues de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, *“...(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC”*, y además resulta necesario agregar en esta oportunidad que la acción de tutela es un mecanismo improcedente para dirimir asuntos de contenido económico como el que surge en relación al recobro entre entidades de salud.

Por lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Martin-Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos a salud, vida, seguridad social, integridad física invocados por MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS en contra de EPS ASMET SALUD.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS ASMET SALUD que, en el termino de 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, proceda adelantar las actuaciones administrativas con la IPS (de la cual tienen convenio) a fin de que sea agendado el procedimiento (Histerectomía vaginal + colporrafia anterior y posterior + colpopexia vaginal), de manera URGENTE y PRIORITARIA a la señora MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS.

TERCERO: ORDENAR a la EPS ASMET SALUD que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, financiar el transporte y los viáticos que requiera MARIA CELINA BALLESTEROS ROJAS para adelantar el procedimiento quirúrgico de (Histerectomía vaginal + colporrafia anterior y posterior + colpopexia vaginal). La financiación de alojamiento dependerá de que la atención médica en el lugar de remisión exija más de un día de duración y, respecto a los gastos de alimentación, se cubrirán aquellos que se requieran para la manutención en el municipio donde se reciba la correspondiente atención médica durante el tiempo de la estadía

CUARTO: DENEGAR los gastos de transporte que se pudiesen generar dentro del casco urbano de las ciudades (taxis), bajo el principio de solidaridad para con el sistema de salud.

QUINTO: NOTIFICAR el presente proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: En el evento que no fuere impugnada la decisión, REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA PINEDA ALVAREZ
JUEZ.

S.B