



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Acción : Tutela
Ref. : 150013333009-2016-0098
Demandante : SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ
Demandado : NUEVA E.P.S. Y CLINICA MEDILASER S.A.

Tunja, Treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

I. LA ACCION

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la ciudadana SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ contra la NUEVA E.P.S y CLINICA MEDILASER S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la vida digna y la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones

- 1.1 Solicita la accionante, se ordene a la NUEVA E.P.S y a la CLINICA MEDILASER S.A. suministren de manera urgente la aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos y de toda la atención integral que se derive de la enfermedad; las pruebas diagnósticas, aditamentos e insumos necesarios que requiera.
- 1.2 Igualmente solicita a manera de medida provisional de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 para que en un término no superior a 3 días, y debido a la urgencia del suministro de la aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos y de toda la atención integral que se derive de su enfermedad, emita un fallo precautelativo, que evite daños o perjuicios mayores en la paciente.

2. Fundamentos de la Tutela.

Manifiesta la señora SANDRA GARCIA RODRIGUEZ que padece de **“insuficiencia renal aguda por uropatía obstructiva y ca de cérvix”**.

Agrega que se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S., siendo atendida en la actualidad en la CLINICA MEDILASER S.A., en donde el día 29 de julio de 2016 su médico tratante le ordenó de manera urgente adelantar el procedimiento médico denominado Nefrostomía Bilateral Lado Derecho, para lo cual se requiere de una aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos.

Manifiesta que el día 8 de agosto del año en curso el Dr. Alberto Caicedo Mesa especialista en nefrología le indicó vía telefónica la urgencia de tratarla, de acuerdo a los procedimientos médicos propios de su diagnóstico, indicándole que corría riesgo su vida por no acceder de manera prioritaria a la aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos, elemento que le fuera ordenado desde el 29 de julio sin que a la fecha se le haya suministrado por los accionados, con lo cual se vulneran sus derechos invocados.

Que el procedimiento médico se requiere de manera urgente, porque de lo contrario se vería en inminente riesgo su integridad y salud materializada incluso en la pérdida de un riñón, más grave aún, se estaría viendo comprometida su vida.

3. Derechos fundamentales violados.

Refiere la tutelante que la no autorización urgente para el suministro de la aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos, vulnera sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la vida digna y a la seguridad social, por cuanto según lo preceptuado en la Ley 972 de 2005: "El Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizará el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos".

Así mismo refiere como fundamento, entre otros la sentencia T-013 de 1995, en la cual se precisa la conexidad que existe entre el derecho a la salud con el derecho a la vida, lo que implica que aquél consista en conservar la plenitud de las facultades físicas, mentales y espirituales, poniendo todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 22 de agosto de 2016 ante la Oficina Judicial de Tunja (fl. 20), repartida y pasada al despacho el día 23 de agosto de 2016 (fl. 20).

Mediante auto proferido el 23 de agosto de 2015 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 22 a 23), con auto de la misma fecha se ordenó una medida provisional (fls. 24 a 25), que consistió en: ... "**PRIMERO.- ORDENAR** a la NUEVA EPS, para que, de manera inmediata, autorice el suministro de la AGUJA DE REFERENCIA JAPAN 16 x 35 MARCA QUIRURGICOS para adelantar el procedimiento médico denominado NEFROSTOMIA BILATERAL LADO DERECHO a la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, identificada con C.C. No 33.366.281.

SEGUNDO.- ORDENAR a la CLINICA MEDILASER S.A., para que, de manera inmediata, y en caso de contar con el mismo en su inventario, suministre la AGUJA DE REFERENCIA JAPAN 16 x 35 MARCA QUIRURGICOS para adelantar el procedimiento médico denominado NEFROSTOMIA BILATERAL LADO DERECHO a la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, identificada con C.C. No 33.366.281, quedando en la posibilidad en caso de que no se encuentre incluido dentro del POS de recobrarlo con posterioridad a la NUEVA E.P.S..."

1. Contestación

1.1. CLINICA MEDILASER S.A. (fls. 56 - 81)

Dentro del término legal conferido para tal fin, la Clínica Medilaser s.a., dio respuesta a la presente acción de tutela informando que la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, ingresó por el servicio de urgencias el día 22 de julio de 2016, diagnosticándosele una insuficiencia renal aguda, practicándosele una nefrostomía bilateral, procedimiento requerido para asegurar la función renal según patología de base, una vez se le practicó el procedimiento requerido se le dio de alta el día 15 de agosto de 2016, sin que exista evidencia de nuevo requerimiento de la paciente,

ratificando que ya el procedimiento objeto de la presente tutela e insumos, se traduce en hechos superado a la fecha.

Señala que en la actualidad la Clínica Medilaser cuenta con convenio con la NUEVA E.P.S., aclarando que la paciente requiere manejo por oncología clínica, servicio con el que no cuenta la Clínica, además porque el direccionamiento de la paciente hacia las entidades que cuenten con los servicios por ella requeridos, es una función exclusiva de la E.P.S., a quien le corresponde efectivizar las órdenes médicas dadas a la afiliada, con la prioridad que refiere la historia clínica de la paciente, pues se trata de una paciente de 34 años de edad, con tres hijos menores de edad, con cáncer de cuello uterino superado, sin manejo médico complementario, desde hace un año, y con posibilidad de metástasis, según lo indica la especialidad de Ginecología Oncológica.

Refiere que el procedimiento de nefrostomía izquierda se le realizó sin complicación ni dilación, no obstante al realizar la nefrostomía derecha, existió desabastecimiento del insumo aguja, objeto de la presente acción, tanto en la casa comercial del producto como en la Nueva E.P.S. a través del programa de hospitalización en casa, razón por la cual voluntariamente la familia y la paciente asumieron el suministro de la aguja ante la posibilidad de demora tanto de la casa comercial como de la autorización y direccionamiento por parte de la Nueva E.P.S.

Manifiesta que de lo referido es dable inferir que en el presente asunto existe un hecho superado en relación con el procedimiento Nefrostomía Bilateral, con órdenes médicas dadas a la salida de la paciente el pasado 15 de agosto de 2016 y consistentes en: *"ORDEN DE ELECTROMIGRAFIA Y POSTERIOR RNM PARA DESCARTAR METÁSTASIS A NIVEL LUMBAR CONTROL DE AL EL LA DE 2790, DREN DE NEFROTOMIA IZQUIERDO 1280, DREN DE NEFROTOMIA DERECHA 1600, B DE 90 NEGATIVO"*, los cuales deben ser direccionados y autorizados por la E.P.S., siendo de su exclusiva competencia el suministro de medicamentos y la expedición de autorizaciones para cumplir con lo ordenado por los médicos tratantes.

Reitera que en el presente caso, la accionante no se encuentra ni encontró en estado de amenaza o vulneración alguna por parte de la Clínica Medilaser, dado que a la paciente ya le fue practicado el procedimiento solicitado con urgencia, existiendo un hecho superado en cuanto al suministro de la aguja y al procedimiento referido, con indicación de continuidad en los tratamientos y órdenes médicas a cargo de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada, situación que hace que se esté frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto que impiden que pueda proceder la acción de tutela en el presente caso en su contra.

2. Contestación de la NUEVA E.P.S. S.A. (fls. 82 a 95)

La Nueva E.P.S. en su escrito de contestación solicita se deniegue por improcedente la presente acción instaurada en su contra por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

Señala que la Nueva E.P.S. no presta el servicio de salud directamente sino a través de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la Secretaria de Salud del municipio respectivo; que dichas IPS programan las citas, cirugías, y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con sus agendas y disponibilidad, es así como todos los afiliados tienen una IPS asignada desde el momento de la afiliación.

Agrega que la Nueva E.P.S. no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental de la accionante, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos. Todo lo contrario se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de seguridad social en salud. Debido a ello, habida cuenta que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante, que fuese atribuible a la Nueva E.P.S., la solicitud de tutela de la referencia carece de objeto.

Manifiesta que respecto a la solicitud de un tratamiento integral para la patología, la Nueva E.P.S. garantiza la prestación de los servicios de salud del Régimen Contributivo de acuerdo con lo estipulado en la ley y al modelo de acceso a los servicios de salud.

3. Pruebas

Obran como pruebas en el curso de la presente acción las siguientes:

- Copia del reporte de epicrisis de la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, emitido por la Clínica Medilaser s.a. (fls.9 a 18 y 66 a 81)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ (fl. 19)
- Informe rendido por el Dr. ALBERTO CAICEDO MESA, médico especialista en nefrología, respecto del estado de salud de la señora Sandra Patricia García Rodríguez (fl. 64)
- Informe rendido por el Dr. CESAR ALBERTO FRANCO, médico radiólogo de la Clínica Medilaser, en el cual informa sobre el procedimiento realizado a la señora Sandra Patricia García. (fls. 65 - 66)
- Constancia de afiliación de la señora Sandra Patricia García Rodríguez al Sistema general de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante activa. (fl. 82)

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho establecer la presunta vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y la seguridad social de la ciudadana **SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ**, toda vez que según sus argumentos, los entes tutelados se encuentran violando los derechos enunciados, en razón a la falta del suministro de la aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos la cual se requiere para adelantar el procedimiento medico denominado "Nefrostomia bilateral lado derecho", ordenada por su médico tratante.

1. Del derecho a la salud

El derecho a la salud en el marco de la seguridad social dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma Corporación en un derecho fundamental autónomo, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA en la que se precisó:

*“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’ (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, **el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...**”¹ (subrayado fuera de texto)*

2. Del derecho a la salud de personas de especial protección y procedencia de la acción de tutela frente a suministros, medicamentos y procedimientos contemplados en el POS.

La Corte Constitucional ha dejado claro que el juez de tutela debe proteger el derecho a la salud y con mayor razón cuando esa urgencia de la protección recae en un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, **pacientes que padecen enfermedades catastróficas**, personas con discapacidad, entre otros) por otra parte es necesario que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho².

Tratándose y específicamente para el caso de pacientes que padecen de enfermedades catastróficas la Corte Constitucional en Sentencia T - 805 de 2013 Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla precisó:

... “ 4.1. La Corte Constitucional ha venido reforzando el carácter fundamental de los derechos de personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, que por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, merecen una especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Así, al apreciar el juez de tutela las condiciones específicas de un caso en el que perciba la posible vulneración de derechos fundamentales, debe valorar cada elemento y, si así se amerita, aplicar la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto para pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas...

...4.2. De tal manera, el derecho a la salud toma relevancia especial frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna. Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a ese derecho...” (subrayas fuera de texto).

En sentencia T-392 de 2013³, se dijo además que se les debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios⁴, destacando que la protección deprecada ha

¹ Criterio reiterado en sentencia T-815 de 11 de octubre de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

² Corte Constitucional, Sentencia T-1180 de 2 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Demandante Nicolás Hernán Linares Linares contra SALUDCOOP EPS.

³ Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T-531 de 2009.

ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela, otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian⁵.

Ha de entenderse esta integralidad como la posibilidad de que se garantice el acceso a todos los servicios médicos que sean necesarios para llevar a cabo el tratamiento recomendado⁶ y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley⁷ y así lograr la recuperación total del estado de salud tanto físico como mental de dichas personas, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección⁸.

Es así como la Resolución No 5592 de 24 de diciembre de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones establece:

... “ **EVENTOS Y SERVICIOS DE ALTO COSTO**

ARTÍCULO 129. ALTO COSTO. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, entiéndase para efectos del no cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo.

A. ALTO COSTO RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

(...)

9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer....”

A su turno y respecto del procedimiento que requiere la paciente como lo es NEFROSTOMIA BILATERAL LADO DERECHO la misma se encuentra incluida en la Resolución en comento en los siguientes términos:

(...) “

55.0.1	NEFROTOMIA
--------	------------

⁵ Ver por ejemplo, las Sentencias T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-574 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶ Situaciones como la descrita fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en las sentencias: T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-319 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-133 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-122 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁷ Cfr. Corte Constitucional, T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la *integralidad* en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de *integralidad* en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁸ Sentencia T- 121 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

" (...)

De lo cual se advierte que si bien el insumo requerido no se encuentra explícitamente incluido dentro del POS, el procedimiento para el cual se hace necesario sí y en esa medida la Corte Constitucional en sentencia T- 353 de 2007 precisó:

(...)

"4. La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha señalado que cuando un procedimiento, actividad o intervención se encuentra incluida en el POS, se entienden incluidos los insumos necesarios para practicarla⁹. Por esta razón, la IPS vulnera el derecho a la salud, en conexidad con la vida, de la paciente cuando le exige asumir el costo de los insumos necesarios para realizar un procedimiento que si se encuentra incluido en el POS, tal y como ha sucedido en el presente caso..." (Subrayas fuera de texto)

De lo que se deduce en primer lugar que los pacientes que padecen de cáncer son considerados como sujetos de especial protección, por cuanto ésta patología es considerada como una enfermedad catastrófica o ruinosa, lo que genera en las EPS una función de protección y salvaguarda de los derechos fundamentales y para ello están en la obligación de prestar los servicios que se dirijan a la restauración y restitución de las condiciones físicas de los afiliados y beneficiarios en observancia del principio de integralidad, supuesto que es del todo relevante en los casos de sujetos de especial protección¹⁰."

Y en segundo lugar que el solo hecho de que el procedimiento se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud, implica que se debe garantizar el acceso efectivo al mismo¹¹, porque al no brindar el procedimiento previsto en dicho plan obligatorio de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud, tal y como se precisó en sentencia T-005 de 2005:

... "Así pues, una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio médico cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),¹² (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad

⁹ Algunas sentencias en las cuales se han resuelto casos similares: T 221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se estudiaba el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, procedimiento que no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: "Que el procedimiento de trasplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del "procedimiento" como un todo". Ver también Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de éste criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento "Extracción catarata más lente intraocular". La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰ Sentencia T-970 de 2008

¹¹ Sentencia T - 533 de 2011

¹² Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)".

prestadora del servicio de salud correspondiente,¹³ (iii) es necesario para conservar su vida o su integridad¹⁴ 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.¹⁵ La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas.¹⁶

3.- Del Hecho Superado

Al advertirse respuesta, aun extemporánea, la tutela pierde su razón de ser, respecto de lo cual, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 26.- Cesación de la actuación impugnada. Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.

El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.

Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía” (Resalta el Despacho).

Las posiciones de la Corte Constitucional¹⁷ señalan que se puede estar ante un hecho superado y el daño consumado como modalidades de carencia actual de objeto, y donde indica que:

“No obstante, es necesario anotar que si bien la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto; esto es, “caería en el vacío”¹⁸, este fenómeno puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo,

¹³ El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁴ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁵ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que “(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)” que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁶ En la sentencia T-042 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), por ejemplo, la Corte señaló: “En consecuencia, la condición de afiliada al Instituto de Seguros Sociales de la señora Sossa Alzate, la hace acreedora de las prestaciones propias del derecho subjetivo a la seguridad social, específicamente de aquellas que se relacionan con la recuperación de su salud, por lo que estaba legitimada para exigirle del ISS cuando acudió a esa institución en procura de alivio. || Se encuentra acreditado también, que han transcurrido más de veintisiete (27) meses desde que el especialista asignado para tratarla ordenó programar la cirugía que requiere, y el Instituto de Seguros Sociales no ha atendido tal orden, suspendiendo así, de hecho e injustificadamente, el pago de las prestaciones de salud que debe a la actora por su condición de afiliada-jubilada, aduciendo como única razón de su irregular proceder, su propia ineficiencia. || Por el lapso arriba anotado, la señora Sosa Alzate ha tenido que padecer, sin el auxilio médico que se le debió prestar, el dolor persistente y la disminución funcional de su pierna izquierda, generados por la deformación de la cabeza del fémur. La omisión del ISS no sólo ha afectado seriamente la integridad física de la actora, sino también su tranquilidad personal, lo que redundo en el desconocimiento de su derecho a una vida digna. || De todo lo expuesto se concluye que el derecho a la seguridad social, en lo que corresponde específicamente con el derecho a la salud de la actora, tiene el carácter de derecho fundamental; además, está probado que tal derecho ha sido vulnerado, y que la violación es imputable al Instituto de Seguros Sociales.”

¹⁷ Sentencia T-612 del 2 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ Sentencia T-309 del 19 de abril de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de Revisión¹⁹, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

Ahora bien, la carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño."

A su turno, el hecho superado también puede ser entendido de la siguiente manera:

"Si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, bien sea mediante la realización de una conducta positiva, ya por el cese de los actos causantes de la perturbación o amenaza, o por la vía de una abstención. De lo contrario, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-036 del 2 de febrero de 1994).

"(...).

"De lo anterior se colige que la decisión judicial mediante la cual se concede una tutela tiene por objeto la restauración del derecho conculcado, ajustando la situación planteada a la preceptiva constitucional.

"Si ello es así, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -bien sea por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- conduce a la pérdida del motivo constitucional en que se basaba el amparo. Ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 del 4 de febrero de 1994). (Subrayas fuera de texto).

4.- Caso Concreto

¹⁹ Esto se debe a que la Corte Constitucional, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

De la copia de la Historia Clínica allegada tanto por la accionante (fls. 9 a 18) como por la Clínica Medilaser (fls. 67 a 81), así como del informe rendido por el Dr. Alberto Caicedo Mesa, Médico especialista en nefrología (fl. 64), se advierte que la patología que padece la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ consiste en una "INSUFICIENCIA RENAL AGUDA POR UROPATIA OBSTRUCTIVA SECUNDARIA Y CA DE CÉRVIX".

Igualmente aparece demostrado al estudiarse la actividad desplegada por la Clínica Medilaser s.a. (fls. 56 a 61), y según la información rendida por el Dr. CESAR ALBERTO FRANCO L. Medico Radiólogo de dicha entidad (fls. 65 -66), que a la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, los días 27 de julio y 13 de agosto de 2016 le fue practicado el procedimiento de nefrostomía percutánea tanto del grupo colector izquierdo como del derecho, siendo posible este último gracias a la asunción por parte de la paciente del costo de la aguja requerida para el referido procedimiento.

De este modo, para el Despacho existe claridad que la nefrostomía bilateral del lado derecho le fue efectivamente practicado a la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ el día 13 de agosto de 2016, siendo dada de alta el día 15 de agosto de 2016, con lo cual en principio no se advertiría violación a los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad social de la accionante, toda vez que frente a los mismos se está en presencia de un hecho superado, como quedó establecido, además porque de la restante documental no se advierte la negación en el suministro de algún procedimiento o medicamento, por parte de la E.P.S., que ponga en riesgo la atención integral de la patología que padece la accionante.

No obstante lo anterior, no puede predicarse lo mismo del derecho a la salud en la medida en que su vulneración es latente, toda vez que fue la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ, quien tuvo que sufragar el costo de la "aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos" necesaria para la práctica de la nefrostomía bilateral lado derecho que se le practicó. Lo anterior teniendo en cuenta que la Corte Constitucional²⁰, en un caso de similares contornos a los aquí ventilados precisó lo siguiente:

... "Teniendo en cuenta los hechos objeto de análisis la Corte manifestó:

*En efecto, es claro que las prestaciones establecidas en el P.O.S. no solamente implican la concreción material del servicio mismo, sino también el cubrimiento de los costos que éste genere, obligación que de ninguna manera puede ser trasladada al afectado. Por tal razón, respecto de la segunda de las dimensiones señaladas, esta Corporación ha sostenido que "aun cuando las controversias en torno a la responsabilidad patrimonial respecto de los servicios incluidos dentro del Manual de procedimientos del POS., parecieran de índole netamente económica y por tanto ajenas a la esfera de competencia de la acción de tutela, ello no es del todo cierto, por cuanto **la cobertura económica del servicio, cuando éste se encuentra incluido en el plan de atención médica correspondiente (v.g. el POS), hace parte de la dimensión iusfundamental del derecho a la salud.**"²¹ (Se resalta)*

En este orden de ideas, el reconocimiento de esa doble dimensión se dirige, entre otras cosas, a obtener que las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, cumplan de forma integral con las

²⁰ Sentencia T-650 de 2011, Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

²¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-662 y T-869 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión, el derecho a la salud, en razón de su estrecha relación con el principio de la dignidad humana y en la medida en que se traduce en un derecho subjetivo como consecuencia de la determinación del régimen de servicios médicos exigibles al Estado, transmuta de derecho prestacional a derecho fundamental exigible a través del mecanismo de amparo constitucional. En ese sentido, el hecho de que las empresas prestadoras de servicios de salud - sean éstas del régimen contributivo o del subsidiado-, nieguen el reconocimiento de las prestaciones que se encuentra definidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, comporta una vulneración de un derecho de carácter fundamental. (Subrayas fuera de texto, negrillas propias del texto)

Y más adelante en la misma jurisprudencia se concluyó:

... “ En este sentido y aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, es evidente que a pesar de que la actora contó con la prestación material del servicio cuando requirió la atención, una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud no se vio satisfecha, toda vez que la entidad encargada de asumir los gastos que se generaron por la prestación del mismo, esto es, Coomeva EPS, omitió el cumplimiento de su obligación y trasladó al paciente la carga de asumir este costo de manera directa, actuación que comporta una violación del derecho fundamental a la salud del accionante...” (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas queda claro para el Despacho la vulneración a derecho a la salud de la tutelante y teniendo en cuenta que la cobertura económica del servicio P.O.S que aquí se solicita hace parte de su dimensión fundamental, la Nueva E.P.S. está en la obligación de reembolsarle a la actora los gastos en los que incurrió para adquirir la “aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos”, insumo necesario para la práctica del procedimiento “nefrostomía bilateral lado derecho” y su negativa ante el requerimiento constituye un desconocimiento del manual de procedimientos e intervenciones del P.O.S., por lo que se concreta la vulneración del derecho fundamental a la salud de la señora SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ.

En tal sentido ordenará al representante legal de la NUEVA E.P.S. o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación por parte de la actora del cobro respectivo junto con la factura del caso, proceda a reembolsar la suma de dinero que ésta tuvo que asumir para adquirir la “aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos”, necesaria para adelantar el procedimiento de “nefrostomía bilateral lado derecho” que se le practicó, igualmente para garantizar el tratamiento integral de la paciente se dispondrá ordenar el suministro de los tratamientos que requiera la paciente en cantidad y periodicidad que disponga el médico tratante conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

No habrá lugar a condena en costas en razón a la conducta de las partes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Amparar el derecho fundamental a la salud de la señora **SANDRA PATRICIA GARCIA RODRIGUEZ**, identificada con C.C. No 33.366.281, según lo expuesto en la parte motiva de las diligencias.

SEGUNDO. ORDENAR al representante legal de la NUEVA E.P.S. o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación por parte de la actora del cobro respectivo junto con la factura del caso, proceda a reembolsar la suma de dinero que ésta tuvo que asumir para adquirir la "aguja de referencia Japan 16 x 35 marca quirúrgicos", necesaria para adelantar el procedimiento de "nefrostomía bilateral lado derecho" que se le practicó, igualmente para garantizar el tratamiento integral de la paciente se dispondrá ordenar el suministro de los tratamientos que requiera la paciente en cantidad y periodicidad que disponga el médico tratante conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

TERCERO. Notificar a las partes el presente proveído por el medio más eficaz, de conformidad lo establece el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Sin costas.

QUINTO. Si este fallo no fuere impugnado, envíese junto con el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo consagra el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991, y cúmplase.


FERNANDO ARIAS GARCIA
Juez

Sentencia acción de tutela No. 2016-0098