



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
NEIVA**

Neiva, trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA

ACCIÓN : CONSTITUCIONAL TUTELA
ACCIONANTE : RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ
ACCIONADO : SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD Y OTROS
RADICACIÓN : 41001 3333 001 2018 00351 00

AUTO SUSTANCIACIÓN No. 1082

En consideración a la constancia secretarial que antecede, el despacho ordena la publicación en la página web de la Rama Judicial de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018 en la presente acción constitucional.

CÚMPLASE.


EYLEEN GENITH SALAZAR CUELLAR

Jueza

SPQA



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL
NEIVA-HUILA**

*SENTENCIA No. 0107
HORA: 3:29 Pm*

Neiva, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA

ACCIÓN : CONSTITUCIONAL TUTELA
ACCIONANTE : RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ
ACCIONADO : SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD Y OTROS
RADICACIÓN : 41001 3333 001 2018 00351 00

I. ASUNTO

Procede el despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, interpuesta por la señora RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ contra la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD, LA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD, EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

2.1 Hechos de la acción.

Refiere que hace 26 años fue diagnosticada con vitíligo o leucodemia, que es una enfermedad degenerativa de la piel.

Que el médico especialista en dermatología Dr. MARLIO CAMPOS RIVERA adscrito a EMCOLASUD, le prescribió tratamiento médico FOTOTERAPIAS UBV DE BANDA ESTRECHA, el 21 de diciembre de 2016, y el 27 de marzo de 2017. Y el 2 de julio de 2018 mediante fórmula médica con No. 1734, le recomendó que se debe realizar 30 sesiones de las mismas FOTOTERAPIAS, sin que a la fecha le hayan iniciado el tratamiento.

Relata que es afiliada en el tipo 1 cotizante al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y actualmente la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD le presta los servicios.

Relata que en el fallo del proceso radicado 2017 – 0039 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Adolescentes con funciones de Control de Garantías, se ordenó a la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD la realización de 50 terapias.

Sostiene que el 27 de julio de 2018 le enviaron una información mencionando que si no interpone otra tutela no le pueden seguir brindando las sesiones de fototerapias UVB de banda estrecha. Que aún no se las han realizado.

2.2. Pretensiones de la tutela:

El accionante pretende, que: i) se le protejan los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la seguridad social. ii) se ordene a EMCOSALUD que de manera inmediata autorice y programe las FOTOTERAPIAS UVB DE BANDA ESTRECHA REQUERIDAS, y el tratamiento integral que la patología requiera.

2.3. Actuación Procesal.

La solicitud de Tutela fue admitida mediante Auto No. 676 del 22 de octubre del año en curso, y se ordenó la notificación al representante legal de EMCOSALUD, UT MAGISALUD, y de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o quien hiciera sus veces; allegándoseles copia de la demanda para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa dentro de las 48 siguientes a la notificación de la providencia y también se notificó la decisión al accionante¹.

2.4. Respuesta de la entidad accionada.

2.4.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (f. 28-32)

El vicepresidente del FONPREMAG, en síntesis señala que no le corresponde prestar los servicios de salud, pues estos por ley están reservados a las entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud.

Aduce que la FIDUPREVISORA S.A. es vocera y administradora del Fideicomiso de la Nación Ministerio de Educación Nacional, denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual destina recursos para garantizar la prestación de los servicios de salud de los docentes a nivel nacional, y para tal fin contrató a las Uniones Temporales, para que sean ellas quienes garanticen de forma efectiva los servicios en salud integrales a los que tienen derecho los docentes adscritos al mencionado Fondo, en el caso particular objeto de la presente diligencia, se contrató a la Unión Temporal TOLIHUILA para que ponga a disposición de los docentes los servicios de salud de forma directa.

Por las anteriores razones, la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no está legitimada en la causa por pasiva para dar trámite a las solicitudes esgrimidas por la accionante, pues solo le compete cancelar en virtud del

¹ Cfr. Folio 20 cuaderno 1 de 1

encargo fiduciario, los valores de la prestación de servicios a los contratistas médicos que prestan los servicios a los educadores sometidos al régimen de excepción de la Ley 91 de 1989.

Por último peticiona: i) que se declare que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva; ii) que en consecuencia se desvincule a la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera del FONPREMAG; iii) ordenar a la UT TOLIHUILA la prestación de los servicios de salud que requiere el accionante, de conformidad con los médicos tratantes.

2.4.2. DEPARTAMENTO DEL HUILA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (F.35-39)

El profesional Universitario de la entidad señala que la accionante es docente Departamental, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que el Departamento del Huila – Secretará de Educación no tiene la competencia para prestar el servicio de salud a los educadores, por lo que no está legitimado en la causa por pasiva, pues quien contrata los servicios de salud a los afiliados al magisterio es la Fiduprevisora a través del Convenio con la UT TOLIHUILA – SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A. quien presta atención a los docentes del sector oficial como a sus beneficiarios; y por ende quienes están llamados a garantizar la protección de los derechos fundamentales reclamados, es la UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA- SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.

Solicita la desvinculación de la acción de la Secretaría de Educación y el Fondo, por no vulnerar derechos, teniendo en cuenta que quien contrata los servicios es la FIDUPREVISORA S.A., los cuales son prestados a través del convenio con la UT TOLIHUILA, del cual hace parte la CLÍNICA EMCOSALUD S.A.

2.4.3. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.(f. 41 a 46)

El apoderado judicial de la entidad señala que la misma es integrante de la UT TOLIHUILA, contratista de la FIDUPREVISORA S.A. -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Aduce que el tratamiento que solicita es con fines estéticos, para corregir el aspecto de la piel de la paciente, lo que está excluido del POS.

Añade que la fototerapia es un tratamiento paliativo, que tiene como objetivo mejorar el color de las pigmentaciones.

Aduce que la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD ha garantizado totalmente todas las atenciones médicas y en general todos los servicios de salud ordenados por todos los médicos tratantes, de acuerdo al plan de beneficios de salud magisterio.

Que como el tratamiento integral es incierto y aún no determinado, es procedente que el juez de instancia tutele parcialmente los derechos

fundamentales del accionante, por lo tanto no se ha generado ninguna vulneración de derechos por parte de las accionadas.

Resalta que la señora RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ recibe un salario de \$2.311.221 como docente del Instituto La Vega – sede Marly del Municipio de Campoalegre – Huila, por lo que cuenta con los recursos para pagar su tratamiento.

Señala que existe cosa juzgada porque la accionante ya había interpuesto acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones contra SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD, la cual fue fallada a favor de la accionante, por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con funciones de control de garantías de Neiva, bajo la radicación No. 2017 00039 y profirió fallo el 24 de abril de 2017.

Que en dicho fallo se ordenaron 50 fototerapias, las cuales fueron autorizadas y practicadas, y que la accionante de no solo miente frente al juramento de no haber presentado la acción de tutela sobre los mismos hechos y derechos, sino que lleva al error al juez, al omitir la información sobre la acción de tutela, lo que permite afirmar que estamos frente a una actitud temeraria del accionante.

Afirma que la actora en esta oportunidad representada por su hija, omite, cambia algunas palabras o frases en los hechos y las pretensiones de la nueva acción de tutela, pero conservan la misma información y las mismas solicitudes.

Por lo anterior, solicita que se nieguen las pretensiones, y que en caso de accederse a ellas, se autorice el recobro a la FIDUPREVISORA S.A.

Solicita pruebas documentales, tales como oficiar para obtener i) un certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos públicos de Neiva, para que señale si la accionante es propietaria de algún inmueble, ii) un certificado de Tránsito y Transporte del Huila para que informe si el mismo es propietario de un vehículo automotor; iii) a la DIAN para que informe si es contribuyente activo; iv) a la Secretaría de Educación Departamental del Huila, para que certifique el valor de los ingresos mensuales de la accionante como docente.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Este despacho es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la constitución política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

3.2. Problema jurídico a resolver.

¿Se han vulnerado y/o amenazado los derechos fundamentales a la vida digna, y a la salud de la accionante por parte de la SOCIEDAD CLÍNICA

EMCOSALUD S.A., al no habersele autorizado y practicado las 20 fototerapias que le fueron prescritas el 2 de julio hogaño?

3.3. Procedencia de la Demanda de Tutela

3.3.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental.

El accionante considera que le han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la seguridad social.

3.3.2. Legitimación activa.

La señora RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ está legitimada para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al considerar vulnerados los mismos.

3.3.3. Legitimación pasiva.

De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela podrá ser formulada por cualquier persona y será procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas. Así, al ostentar dicha calidad la entidad accionada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, resulta demandable en sede de tutela.

3. 3.4. Inmediatez.

Es claro que el mecanismo de la acción de tutela no prevé un término de caducidad, a partir de la interpretación del artículo 86 de la Constitución Política, sin embargo la Corte Constitucional² ha establecido que dicho mecanismo debe ejercerse dentro de un término justo, oportuno y razonable, toda vez que la misma debe ser un instrumento de reacción judicial eficaz frente a la violación o amenaza grave, actual y vigente de los derechos fundamentales.

Es preciso señalar que, las terapias fueron ordenadas a la accionante el 2 de julio de 2018, por el médico tratante (f.6) y a la fecha de interposición de la solicitud de amparo el 19 de octubre de 2018, no se las habían autorizado.

3.3.5. Subsidiaridad.

El artículo 86 de la Carta Política, establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares.

Ahora, ésta sólo resulta procedente cuando no existen mecanismos judiciales que resulten efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en

² Sentencia T 737 de 2013

el cual procederá como mecanismo transitorio.³ Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

El Despacho considera que la presente acción constitucional es el medio idóneo para que se garantice la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados en atención a la urgencia con que requiere recibir las terapias que le prescribiera el médico tratante, dadas las circunstancias especiales que manifiesto; lo anterior es factor suficiente que justifica la procedencia de la acción de tutela.

3.4. DEL FONDO DEL ASUNTO

3.4.1. Del precedente jurisprudencial:

a) De la acción de tutela y su procedencia para amparar el derecho a la salud.

El artículo 86 de la Constitución Política, indica que la acción de tutela puede ser ejercida en cualquier momento por toda persona, ya sea por sí misma o por quien actúe en su nombre, ante los jueces con el fin de lograr la protección de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Igualmente establece el citado precepto constitucional, que procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Antes de expedirse la Ley 1751 de 2015, la Jurisprudencia Constitucional había determinado que la acción de tutela procedía para efectos de amparar el derecho a la salud en virtud a que tenía carácter inescindible con el derecho fundamental a la vida y en ocasiones con la dignidad humana, la cual inspira el Estado Social de Derecho y que por lo tanto se consideraba un derecho fundamental autónomo que se debía garantizar bajo criterios de dignidad humana, tanto en la esfera biológica del ser humano, en su esfera mental, síquica y afectiva⁴, y que dicho derecho era "*fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental*", enfoque que permitía, proteger el derecho a la salud en sí mismo, como un derecho fundamental.

Actualmente, la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 – Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud -, lo consagró expresamente como tal cuando señaló que "*el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su*

³ Artículo 86, inciso 3° Constitución Política y en el Decreto 2591 artículo 6°-1° el cual establece la subsidiariedad como causal de improcedencia de la tutela.

⁴ Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-355/2012, T-004/2012, T-760/2008.

prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

Entonces no hay duda de que el derecho a la salud, tenga o no conexidad con la vida y la dignidad humana, es un derecho constitucional fundamental y por ende es viable su protección a través del mecanismo de la acción de tutela, cuando se establezca su vulneración.

3.4.2 Del caso en concreto

De los hechos y pretensiones contenidos en la solicitud de tutela y del escrito de contestación de la demanda y de las pruebas aportadas se han podido demostrar las siguientes situaciones que el Juzgado considera relevantes para la solución del caso expuesto:

La accionante RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud, a través de LA SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD, como afiliada (Fls. 6)

Viene siendo tratada por vitíligo con fototerapias, según hoja de control por dermatología del 4 de julio de 2017 que aporta, donde se aduce además que trabaja en una vereda de Campoalegre, en plena cordillera, presentando dificultad para el transporte. Que presenta máculas en cara, cuello, tronco, extremidades superiores e inferiores, observándose re pigmentación parcial en lesiones de cara, tórax y piernas con el tratamiento. (f. 10)

Mediante fallo de tutela proferido el 21 de abril de 2017, se amparó los derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas, y el derecho al libre desarrollo de la señora RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ, y se ordenó la autorización y práctica de las 50 fototerapias ordenadas a la actora por su médico tratante dermatólogo, los días 21 de diciembre de 2016 y 27 de marzo de 2017; y se negó el tratamiento integral por las razones que expuso en las consideraciones. (fl. 11-17)

En dicha oportunidad, según se desprende de las consideraciones de dicho pronunciamiento, la señora PALENCIA GUTIÉRREZ padece de vitíligo desde hace 26 años, por lo que el médico tratante en dermatología le ordenó 20 fototerapias el 21 de diciembre de 2016, y 30 más el 27 de marzo de 2017, dando a conocer la necesidad del tratamiento.(f.13)

3.4.3. De la prestación del servicio

Huelga precisar que **LA UNION TEMPORAL TOLIHUILA** es una figura JURÍDICA de asociación autorizada por la ley 80, cuyos miembros brindan servicios integrales de salud a la población de los departamentos del Huila y Tolima. La Unión Temporal conformada por la CLÍNICA TOLIMA y la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD, para la atención en salud a los maestros y

sus familias en la Región 1 conformada por los departamentos del Huila y Tolima.⁵

En consecuencia, como quien presta el servicio en este Departamento es la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A., es la llamada a responder por el amparo de los derechos deprecados.

De otro lado, de entrada se establece que el despacho no accede a decretar las pruebas que solicitó la demandada SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A., por cuanto dicha carga le correspondía a su peticionario, quien pretendió establecer que la accionante es una persona que posee medios económicos suficientes para costear su tratamiento, sin allegar prueba alguna de su dicho, ni procurar la consecución de las mismas.

Ahora bien, la entidad accionada SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A, en la contestación de la solicitud de amparo, en nada se refiere a las órdenes vigentes, ni mucho menos a los trámites desplegados a efectos de que se lleve a cabo la práctica de las terapias ordenadas por el médico especialista conforme a su diagnóstico, pese a que con anterioridad, por orden de autoridad judicial, se habían ordenado y se le habían practicado.

Aunado a lo anterior, indica que se trata de un tratamiento con fines estéticos, esto es, corregir el aspecto de la piel de la paciente, y según el Plan de Beneficios de salud del Magisterio, en el Anexo 1, dentro de las exclusiones están *los tratamientos considerados estéticos*.

En efecto, observa el despacho que en el "Anexo 1.1." del Plan de Beneficios del Magisterio, se estableció:

1.1. Exclusiones

Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de este régimen de excepción y que se describen a continuación.

(...)

Ø Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor.⁶

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha advertido una distinción entre los procedimientos estéticos que tienen un valor funcional en la recuperación del paciente y aquellos que son exclusivamente estéticos.

Así, la Corte Constitucional a efecto de definir la procedencia de la acción de tutela en los casos de cirugías de reconstrucción, reducción o corrección, que en un principio tienen carácter estético, ha considerado necesario determinar si la realización del procedimiento compromete o afecta directamente los derechos a la salud y a la vida digna del paciente, ya que de ser así, dejaría

⁵ <http://portal.tolihuil.com/nosotros/>

⁶ <http://www.fiduprevisora.com.co/documents/2017/Invitacion%20No%20006/ANEXO%20NO%201%20COBERTURA%20Y%20PLAN%20DE%20BENEFICIOS.pdf>

de tener la connotación de cirugía meramente estética y adquiriría un carácter funcional fundamental.

Así, al analizar la constitucionalidad del literal del inciso 2 del artículo 15 del proyecto de Ley Estatutaria sobre derecho fundamental a la Salud, en la sentencia C- 313 de 2014, indicó

"Ahora bien, aunque dichas limitaciones o exclusiones al POS son constitucionalmente admisibles, dado que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, la Corte ha explicado que la sujeción estricta a las disposiciones legales o reglamentarias se debe matizar, llegando a inaplicar las normas que, dadas las circunstancias del caso concreto, impidan el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.(Sentencia T-269 de 2011) (negrillas fuera de texto)[425]

Previamente y como producto de su trabajo jurisprudencial, este Tribunal Constitucional había señalado cuáles eran las reglas a tener en cuenta para darle vía libre a la inaplicación de la exclusión, dijo en su momento:

"(...) (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."

Para la Corte estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia.

Así por ejemplo, en la citada sentencia T- 016 de 2007 se explicaba:

"(...) - La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades al concepto de salud y ha sostenido que este debe interpretarse en un sentido amplio. Abarca no sólo el aspecto funcional o físico de la persona sino también sus condiciones psíquicas, emocionales y sociales. En ese orden de ideas, ha afirmado el Tribunal constitucional colombiano que la salud ha de definirse desde una perspectiva integral sin dejar de lado ninguna de las facetas mencionadas con antelación (...)"

En aquel caso, una menor requería una práctica quirúrgica en un lóbulo de una oreja que afectaba de manera importante su apariencia normal y no se le concedía el servicio so pretexto de estimarse como un procedimiento con una finalidad cosmética. Valoró en esa ocasión la Corte la opinión del médico tratante y la importante afectación no solo en términos físicos que padecía la menor por la

carosidad en la oreja, decidiendo ordenar el procedimiento. En términos breves consideró:

"(...) la entidad responsable de prestar el servicio de salud a la menor – en el caso bajo análisis la fiduciaria FIDUPREVISORA - no puede alegar disculpas de orden administrativo ni de ninguna otra índole para obstaculizar la prestación oportuna del servicio de salud a la menor. Lo anterior, tanto más, por cuanto la negación del procedimiento recomendado por el médico tratante y por el cirujano plástico afecta – como se mostró en las consideraciones de la presente sentencia - de manera directa el derecho constitucional fundamental a la salud de la niña.(...)".

Casos similares han permitido a la Corte Constitucional reiterar su jurisprudencia en defensa del derecho a la salud. En la sentencia T- 179 de 2008 se ordenó eliminar un exceso de piel que causaba quemaduras y llagas en los pliegues del afectado, comprometiendo además su estabilidad mental. En otro tipo de caso considerado en la sentencia C- 759 de 2013, la Corporación tuvo que resolver la solicitud de una paciente que con posterioridad a la práctica de una cirugía bariátrica presentó malformaciones cutáneas e infecciones" de tipo dermatológico a nivel de senos, abdomen, brazos e ingles, que le dificultaban moverse y, por prescripción médica se requería entre otros procedimientos lifting de brazos y liposucción de espalda y cintura"; denegado el servicio, la Corte amparó en sede de tutela el derecho fundamental a la salud de la afectada, al advertir que las secuelas sobrevinientes comprometían la dignidad humana de la persona interesada[426]. El criterio ha sido igualmente tenido en cuenta en la T- 795 de 2010 y, de manera reciente, resultan pertinentes sobre el particular las sentencias T- 920 de 2013 y T- 142 de 2014.

En la referida sentencia T- 561 de 2011, la Corte, al estudiar el caso de la reconstrucción de los labios vaginales de una menor, advirtió que el asunto trascendía lo meramente cosmético y llegaba a comprometer la dignidad humana de la paciente.

En el curso de los pronunciamientos emanados por este Tribunal en sede de tutela, a propósito del derecho fundamental en estudio, se han advertido situaciones en las cuales algunos requerimientos que en el sentir de quien debe prestar el servicio, no parecieran aquejar la salud, terminan incidiendo de manera significativa en el goce efectivo del derecho. Recurrentes en este punto son los casos en los cuales el suministro de pañales, ha supuesto la intervención del juez de tutela, dada la censurable práctica de negar este servicio en casos incontestablemente claros, a modo de ejemplo, tal acontece con los mayores adultos afectados por varios padecimientos, entre los cuales la pérdida del control de esfínteres acarrea otros problemas de salud y amenaza la dignidad humana. Similar es la situación de personas con discapacidades que, de contera, afectan el manejo de sus esfínteres, requiriendo sin necesidad de orden médica la respectiva entrega de pañales[427]. En otras ocasiones las Salas de Revisión han intervenido ordenando la provisión de silla de ruedas con miras a salvaguardar la dignidad humana de pacientes cuya situación se adecua a lo fijado por la jurisprudencia[428].

La salud oral también ha sido objeto de pronunciamiento por el juez de tutela cuando, ha sido desatendida por quien tiene la obligación de prestar el servicio, so pretexto de tratarse de afecciones que tienen una finalidad cosmética y no redundan en beneficio de la salud. Así por ejemplo, en la sentencia T- 046 de 2012, la Corte protegió el derecho fundamental a la salud de una paciente de 48 años, con epilepsia y cuya periodontitis crónica, le impedía consumir alimentos sólidos,

además de haberla perjudicado de tal modo que solo conservaba una pieza dental, con lo que su auto estima resultó muy disminuida[429].

Se observa entonces que el criterio contenido en el literal a) resulta constitucional, pero, hay peculiaridades del caso concreto que hacen inviable su aplicación dada la vulneración del derecho fundamental a la salud. Para la Sala, la noción de criterio, en este caso entendida en la acepción de "norma para conocer la verdad"[430], resulta bastante adecuada, pues, no es una norma que declara la verdad, sino una norma para llegar a ella, dicho en relación con el caso en estudio, se trata de una norma para determinar la exclusión, no de una norma que define, sin más, la exclusión.

Por ello, encuentra la Corte que lo estipulado en el literal analizado se ajusta a la Constitución, siempre y, cuando dada las particularidades del caso concreto, no se trate de situaciones que reúnan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. Por ende, acorde con las precisiones hechas se declarará la constitucionalidad del mandato evaluado, pues, se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado."

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, si bien es cierto las fototerapias, podrían tomarse como algo estético, dado que repararan la piel y la pigmenta, también lo es que le han sido prescritas en virtud del padecimiento de una enfermedad, el vitiligo, y que a la accionante ya se le han practicado varias de estas sesiones, y su médico tratante, que le presta el servicio por medio de EMCOSALUD, insiste en ese tratamiento.

Es de anotar, que según la hoja de seguimiento médico de control por dermatología que allegó, el vitiligo lo padece en rostro y pecho, además de otros lugares del cuerpo, y las fototerapias le han ayudado a mejorar su condición, lo que influye en su aspecto y por ende en su autoestima, y su calidad de vida.

De otro lado, si ya hubo de acudir a una acción de tutela, fue por la negativa de la entidad a suministrarle el tratamiento, y en aquella oportunidad, lo hizo con base en las órdenes que datan de diciembre de 2016 y marzo de 2017, ordenándose en esa oportunidad por la Juez que decidió el caso, lo pertinente solo a esas órdenes; lo que desvirtúa de tajo, la señalada temeridad que le endilga el representante legal de EMCOSALUD a la usuaria. Aunado a lo anterior, no es cierto que la accionante haya ocultado información sobre aquel fallo de tutela, pues por el contrario, junto con la solicitud de amparo, aportó copia del fallo de tutela proferido el 21 de abril de 2017, por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes de Neiva – Huila, donde se ampararon sus derechos fundamentales a la salud, ala vida digna, y al libre desarrollo de la personalidad de la señora PALENCIA GUTIÉRREZ, y se ordenó a EMCOSALUD que le autorizara y practicara las 50 fototerapias que le habían sido ordenadas por su médico tratante.

Lo anterior, denota además la total desatención respecto de la solicitud de tutela presentada, del derecho a la salud y la necesidad del servicio cuyo amparo ha solicitado la actora, pues se ha limitado a emitir una respuesta que va en contravía con la realidad.

Así las cosas, como está prescrito el tratamiento por médico tratante de la entidad, según fórmula médica expedida el 2 de julio de 2018, la cual se observa a folio 6 del expediente, este despacho considera que en el presente caso, el criterio de exclusión, en el sentido de considerar este tratamiento como estético, debe morigerarse ante la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, dado que en su caso, no se trata de un simple capricho o deseo de embellecerse, sino de un tratamiento para una enfermedad que de paso repercute en mejorar su calidad de vida al favorecer su autoestima, amén de ayudar a la protección natural de la piel.

En consonancia, procede emitir orden para que la entidad SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A. autorice y practique las sesiones de fototerapias prescritas, sin perjuicio de que pueda solicitar el reembolso a LA FIDUPREVISORA S.A., tal como lo fue solicitado por la SOCIEDAD al responder la acción de tutela, por cuanto existe solicitud de servicios no contemplado dentro del POS.

Con todo lo anterior, es dable concluir por este Despacho Judicial que el derecho a la salud, y a la vida digna, se encuentran vulnerados por la no realización del procedimiento prescrito por el médico tratante.

3.4.5. En lo concerniente al **tratamiento integral solicitado**, encuentra el despacho que la orden médica en este caso se delimitó únicamente a la prescripción de las terapias, y solo hasta allí es procede pronunciarse por este despacho.

Y como no existen más prestaciones u otro mandato que sea indeterminado o que tenga como base un acontecimiento futuro o incierto para brindarle un tratamiento integral que deba ser suministradas a la accionante por el momento, es decir, frente a situaciones futuras que aún son inciertas no es posible establecerse que la entidad accionada hubiera actuado con negligencia o hubiera puesto en riesgo derechos fundamentales del peticionario razón para que no se conceda esta solicitud.

Corolario de lo anterior, se accederá al amparo del derecho a la salud invocado por la demandante, impartiendo las órdenes necesarias para el restablecimiento del mismo, respecto de los demás derechos que aduce presuntamente vulnerados el despacho no encuentra prueba siquiera sumaria de su vulneración por tanto se abstendrá de hacer análisis respecto a cada uno de ellos.

Por último, no se advirtió en el plenario vulneración de derechos por parte de La UT MAGISALUD, la cual no compareció al proceso.

Siguiendo esa línea, y como quiera que la SOCIEDAD EMCOSALUD S.A. hace parte de la UT TOLIHUILA cuya vinculación solicita, no se consideró necesario acceder a dicha petición por cuanto, la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A. advirtió que hace parte de dicha Unión Temporal, siendo además la entidad que le presta directamente el servicio a la accionante, como ya se especificó en párrafos anteriores

4. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial Neiva (Huila), administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud y a la vida dignas de la señora RUBY PALENCIA GUTIÉRREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.086.594 de Campoalegre - Huila, conforme las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A. que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente providencia, si no lo ha hecho aún, autorice y efectivamente proporcione las veinte (20) fototerapias ordenadas por el médico tratante, el 2 de julio del año en curso.

TERCERO: NEGAR la tutela respecto de la solicitud de tratamiento integral y la protección de los restantes derechos fundamentales, invocados conforme a las razones esgrimidas en las consideraciones y estrictamente en el sentido anotado.

CUARTO: ORDENAR que se notifique este fallo a las partes por el medio más expedito. (Art. 30 del Decreto 2591/91).

QUINTO: ADVERTIR a las partes que el presente fallo puede ser IMPUGNADO ante el Honorable Tribunal Administrativo del Huila.

SEXTO: ORDENAR a la Secretaría, que sino fuere impugnado el fallo, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez recibidas las presentes diligencias, archívese en forma definitiva. (Art. 31 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EYLEN GENITH SALAZAR CUÉLLAR
JUEZA