



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

Cartagena de Indias, Quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00176-00
Demandante	ESTER BATISTA HERNANDEZ
Demandado	NUEVA EPS
Tema	Salud- hecho superado.
Sentencia no	0138

1. PRONUNCIAMIENTO

Mediante escrito presentado el día 01 de agosto de 2017, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de este circuito y recibido en este despacho en la misma fecha, el señor **GUSTAVO PAJARO CARDENAS**, actuando como agente oficioso de **ESTER BATISTA HERNANDEZ**, promovió acción de tutela contra **NUEVA EPS**, encaminada a obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna

Por lo tanto, entra el Despacho a decidir sobre la presente acción, con fundamento en lo siguiente:

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

PRIMERO: Que se tutelen los derechos fundamentales a salud en conexidad con vida, dignidad humana e integridad personal.

SEGUNDO: Que se le practiquen los procedimientos y recomendaciones del médico tratante a la paciente **ESTER BATISTA HERNANDEZ** como fueron ordenados, con los intervalos de tiempo durante el plan de atención hospitalaria domiciliaria por 30 días, sin ninguna variación hasta que la paciente se encuentre fuera de peligro. Estos servicios serán:

- Oxígeno domiciliario por tienda de traqueotomía; mas el 28% 4 litros por minutos las 24 horas del día por 30 días; balas grandes, pequeña y concentrador de oxígeno.
- Visitas médicas dos veces al mes.
- Terapias respiratorias integral, aspiraciones y secreciones por 30 días continuos a criterio del médico domiciliario.
- Terapia física dos veces a la semana por segmentos de 30 días según criterio medico de su médico domiciliario.
- Curaciones diarias y continuas por 30 días.
- Fonoaudiología, terapias 3 veces a la semana por un mes a criterio de medico domiciliario.
- Nutrición entera por sonda ensure cuatro potes continuo.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

TERCERO: Que se conceda el cuidado de enfermería para el entrenamiento de nutrición, aspiración de secreciones, manejo de medicamentos por sonda subcutáneo por 30 días continuos.

CUARTO: Que se autoricen los medicamentos y procedimiento POS y NO POS que se requieran para el tratamiento específico.

QUINTO: Que se entregue cama hospitalaria ajustable.

- HECHOS

Las pretensiones de esta acción constitucional se fundan en los siguientes supuestos facticos:

Primero. La accionante ingreso el día 01 de abril de 2017 a la CLINICA BLAS DE LEZO por problemas de salud.

Segundo. Su diagnóstico de ingreso fue dolor abdominal, colecistitis más colelitiasis, POP de recesión de adenona hipofisario e infección urinaria.

Tercero. La accionante egreso de la clínica de BLAS DE LEZO con ciertas recomendaciones y autorizaciones expedidas por su médico tratante, con plan de atención domiciliaria con servicios continuos por 30 días.

Cuarto. La accionada NUEVA EPS varió el tiempo de las atenciones profesionales y de las recomendaciones dadas por el médico tratante de 30 a 10 días.

Quinto. La paciente fue operada el día 16 de marzo de 2017 por un tumor que se encontraba en su cerebro y actualmente se encuentra alimentándose por vía gástrica por sonda y en estado crítico.

CONTESTACIÓN

➤ NUEVA EPS

Manifiesta el apoderado de esta entidad que se han garantizado todos los servicios de salud a favor de la accionante. Alega que tal como se puede evidenciar con las pruebas aportadas al expediente, se han generado las autorizaciones de servicios requeridas y pretendidas por la demandante, aclarando que las autorizaciones se expiden con base en las prescripciones médicas, cantidad y periodicidad que determine el galeno tratante.

Por ello señala que en el presente asunto se configura un hecho superado, pues la situación de hecho que generó la interposición de esta acción constitucional ya ha desaparecido.

- TRAMITES PROCESALES

La acción de tutela que se estudia fue recibida en este despacho el día 01 de agosto de 2017, procediéndose a su admisión la misma fecha; en el auto admisorio se ordenó la notificación a la entidad accionada, enviándose comunicación al buzón electrónico de la demandada (fl 29) y también se le solicitó rendir un informe sobre los hechos alegados en la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

4. CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Dicha garantía Constitucional, obedece precisamente al tipo de Estado que la Constitución de 1991 nos definió, es decir, siendo el Estado Colombiano un Estado Social de Derecho, responsabiliza a la administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad.

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la NUEVA EPS, vulnera los derechos fundamentales a salud en conexidad con vida y dignidad humana de la señora ESTER BATISTA HERNANDEZ, al negarse, presuntamente, a prestar los servicios médicos deprecados para aliviar los padecimientos de la agenciada

- TESIS

Luego de analizar las pruebas y los planteamientos presentados en ésta acción constitucional, el Despacho llega a la conclusión que en el caso concreto a la accionante no se le ésta vulnerando su derecho fundamental a salud en conexidad con la vida, por las siguientes razones:

Dentro del plenario tenemos que los servicios médicos requeridos por la accionante y que fueron prescritos por su galeno tratante, se encuentran en las órdenes médicas obrantes a folios 17 a 19; mientras que las autorizaciones de servicios expedidas por NUEVA EPS se hallan a folio 6 a 9. En este orden de ideas, luego de hacer un comparativo entre las órdenes médicas y las autorizaciones emitidas por la EPS, se concluye que todos los servicios requeridos por la agenciada fueron autorizados debidamente, razón por la cual se configura la carencia actual de objeto por hecho superado.

Por otro lado, al observarse las pruebas aportadas al expediente, el Despacho considera que estas no son suficientes para acreditar los hechos expuestos en el libelo introductorio de esta acción constitucional, pues luego de revisar las ordenes medicas expedidas por el galeno tratante no se logró verificar que éste haya prescrito turno de auxiliar de enfermería 24 horas por 30 días; razón por la cual la orden de auxiliar de enfermería por 6 horas durante 10 días, no vulnera los derechos fundamentales de ESTER BATISTA HERNANDEZ.

Con fundamento en lo arriba expuesto, y como

NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA APLICABLE.

(i) El derecho a la salud como derecho fundamental.

Tal y como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia T-760 de 2008, donde se reiteraron los distintos criterios establecidos en la jurisprudencia

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 3 de 9





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

Constitucional relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud; *“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía.”*

De igual manera, en dicha providencia se concretó las tres formas de protección del derecho a la salud: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros); (iii) argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran, se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede sustraerse.

(ii). APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD. Sentencia T-023 de 2013

“De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud”.

(iii) protección derecho a la salud de personas de la tercera edad. Sentencia T-014 de 2017.

“En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, esta Corporación ha señalado que "es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran"

(iv). Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios.

En la sentencia idem la máxima Corporación Constitucional recogió y sistematizó las principales reglas desarrolladas por la jurisprudencia del campo sobre el derecho a la salud. Particularmente, en relación con los requerimientos de prestaciones excluidas del POS, reiteró la regla según la cual:

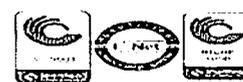
"se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por 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".

En conclusión, se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando la entidad obligada a hacerlo se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud o tarda en la prestación del mismo, si se verifica la existencia de los criterios expuestos. El análisis de dichos presupuestos debe ponderarse en cada caso concreto en razón de la persona que reclama la protección; en otras palabras si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en virtud de la enfermedad que padece el paciente o al tipo de servicio que éste requiere.

(v) Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios. Sentencia T-610 de 2013.

"5.6. Frente a la tercera subregla que, según la sentencia T-760 de 2008 exige la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta corporación ha efectuado diversas precisiones.

En primer lugar, ha enfatizado en que esa subregla debe respetarse prima facie, debido a que es el profesional médico quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar sobre la necesidad o no de elementos, procedimientos o medicamentos solicitados, condiciones de las cuales, por su formación, carece el juez.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

Empero, esta corporación también ha señalado que cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, no puede la EPS quitarle validez y negar el servicio, basada en el argumento de la no adscripción, pues solo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también tienen validez, a fin de propiciar la protección constitucional.

Frente lo anterior, en segundo lugar, cuando los conceptos de médicos, adscritos o no, son sometidos a escrutinio del Comité Técnico Científico, no se puede desestimar la prescripción basándose en argumentos de carácter procedimental, financiero o administrativo, ya que, según esta Corte, "el CTC solamente puede negar la autorización de un servicio NO-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de éste, quien es profesional en la materia y tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente". En conclusión, cuando existe discrepancia entre los conceptos del médico tratante y el CTC, debe prevalecer, prima facie, el del primero, debido a que es él, quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor la condición de salud del paciente.

Ahora bien, como tercer punto atinente a la subregla en cuestión, ha de manifestarse que esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso, bien sea la historia médica o alguna recomendación médica, la plena necesidad de lo requerido por el accionante.

(Subrayas y negrilla fuera de texto)

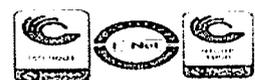
(vi) Del hecho superado.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado que la carencia actual de objeto se produce como consecuencia del hecho superado que se presenta cuando los supuestos de hecho que han dado origen a la presentación de la acción de tutela se terminan, son superados o desaparecen. Dicho tribunal, en la Sentencia SU-540 de 2007, sobre el hecho superado señaló que se presenta cuando:

"...por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que "carece" de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela."

Resumidamente, al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela pierde su eficacia e inmediatez y por ende su justificación constitucional, por lo cual se configuraba un hecho superado que conduce a la carencia actual de objeto.

(vii) de la ausencia de pruebas en la acción de tutela.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 2011, ha enseñado que:

"Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso

*Así, ha estimado esta Corte que: **"un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario."** Por eso, la decisión del juez constitucional "no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes.*

Posteriormente, la Corte ha reiterado esta posición al afirmar que:

"Los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos" (negrillas del despacho)

CASO CONCRETO

El señor GUSTAVO PAJARO CARDENAS, promovió el presente accionamiento como agente oficioso de ESTER BATISTA HERNANDEZ, con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales salud en conexidad con vida, dignidad humana e integridad personal, y en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS, que practiquen los procedimientos y recomendaciones del médico tratante a la paciente ESTER BATISTA HERNANDEZ como fueron ordenados, con los intervalos de tiempo durante el plan de atención hospitalaria domiciliaria por 30 días, sin ninguna variación hasta que la paciente se encuentre fuera de peligro. Estos servicios son:

- Oxígeno domiciliario por tienda de traqueotomía; mas el 28% 4 litros por minutos las 24 horas del día por 30 días; balas grandes, pequeña y concentrador de oxígeno.
- Visitas médicas dos veces al mes.
- Terapias respiratorias integral, aspiraciones y secreciones por 30 días continuos a criterio del médico domiciliario.
- Terapia física dos veces a la semana por segmentos de 30 días según criterio medico de su médico domiciliario.
- Curaciones diarias y continuas por 30 días.
- Fonoaudiología, terapias 3 veces a la semana por un mes a criterio de medico domiciliario.
- Nutrición entera por sonda ensure cuatro potes continuo.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

Además depreca que se conceda el cuidado de enfermería para el entrenamiento de nutrición, aspiración de secreciones, manejo de medicamentos por sonda subcutáneo por 30 días continuos, los medicamentos y procedimiento POS y NO POS que se requieran para el tratamiento específico y que se entregue cama hospitalaria ajustable.

Como fundamentos facticos de esta acción, se plantea que el agenciado ingresó a CLINICA BLAS DE LEZO con dolor abdominal, colecistitis más colelitiasis, pop de recesión de adenona hipofisiario e infección urinaria, tal como se puede verificar con la epicrisis aportada al expediente (fl 07-15), y que además es un adulto mayor de 67 años.

Ahora bien, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales esbozadas en las consideraciones generales de esta sentencia, para ordenar por vía de tutela la prestación de determinado servicio o medicamento es esencial que el mismo sea previamente prescrito por el galeno tratante, toda vez que es la persona idónea y que por su acercamiento con el paciente, quien mejor conoce su estado patológico y los tratamientos pertinentes para su recuperación.

Así pues, dentro del plenario tenemos que los servicios médicos requeridos por la accionante y que fueron prescritos por su galeno tratante, se encuentran en las órdenes médicas obrantes a folios 17 a 19; mientras que las autorizaciones de servicios expedidas por NUEVA EPS se hallan a folio 6 a 9. En este orden de ideas, luego de hacer un comparativo entre las órdenes médicas y las autorizaciones emitidas por la EPS, se concluye que todos los servicios requeridos por la agenciada fueron autorizados debidamente, razón por la cual se configura la carencia actual de objeto por hecho superado.

Por otro lado, al observarse las pruebas aportadas al expediente, el Despacho considera que estas no son suficientes para acreditar los hechos expuestos en el libelo introductorio de esta acción constitucional, pues luego de revisar las ordenes medicas expedidas por el galeno tratante no se logró verificar que éste haya prescrito turno de auxiliar de enfermería 24 horas por 30 días; razón por la cual la orden de auxiliar de enfermería por 6 horas durante 10 días, no vulnera los derechos fundamentales de ESTER BATISTA HERNANDEZ.

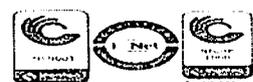
No obstante lo anterior, se exhortara a NUEVA EPS para que a través de su comité medico científico efectúen un examen a la accionante ESTER BATISTA HERNANDEZ y determinen si es necesario el servicio de auxiliar de enfermería por 30 días.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela promovida por GUSTAVO PAJARO CARDENAS, quien actúa como agente oficioso de ESTER BATISTA HERNANDEZ, contra NUEVA EPS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EXHORTESE a NUEVA EPS para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y a través de su comité medico científico, efectúen un examen a la señora ESTER BATISTA HERNANDEZ y determinen si el servicio de auxiliar de enfermería requiere de mayor intensidad horaria y por un mayor número de días.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00176-00

TERCERO: Notifíquese por el medio más expedito al accionante y a la accionada (art. 30 del D. 2591/91).

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

