



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

Cartagena de Indias, veinte (20) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00065-00
Demandante	MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA
Demandado	NUEVA EPS y COLMEDICA PREPAGADA
Tema	Salud- hecho superado.
Sentencia no	087

1. PRONUNCIAMIENTO

Mediante escrito presentado el día 09 de abril de 2018, ante la Oficina de Reparto y recibido en este despacho en la misma fecha, la señora AURA ESTELA OLIVEROS ACOSTA, actuando en como agente oficiosa de **MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA**, promovió acción de tutela contra **NUEVA EPS**, encaminada a obtener la protección de su derecho fundamental a Salud, vida y dignidad humana.

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, vida y dignidad humana.

SEGUNDO: Que se autorice de manera inmediata la MALLA BIOLOGICA Y/O EXCEDENTE para la cirugía de resección de tumor retroperitoneal, programada para el 10 de abril de 2018, toda vez que COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA solo cubre el valor de la malla hasta el tope de \$1.640.608,00, razón por la cual le asiste a NUEVA EPS la obligación de cubrir el resto del valor.

TERCERO: Que se brinde atención integral después de realizado el procedimiento médico.

- HECHOS

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

Primero. La accionante se encuentra afiliada a NUEVA EPS en régimen contributivo y tiene 66 años de edad.

Segundo. La señora MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA padece de TUMOR MALIGNO DEL ENDOMETRIO.

Tercero. Por ello, el médico tratante, Dr. MURICIO BERMUDEZ SAGRE- Cirujano Oncólogo y de Tumores, le ordenó realizar resección de tumor retroperitoneal vía abierta. El procedimiento se programó para el 10 de abril de 2018

Cuarto. COLMEDICA PREPAGADA asumió gran parte de los procedimientos y tratamientos quirúrgicos y autorizó los gastos hospitalarios, pero no cubrió la totalidad de la Malla Biológica, la cual es necesaria y urgente para llevar a cabo la cirugía.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

CONTESTACIÓN

> NUEVA EPS

Manifiesta el apoderado de esta entidad que la accionante registra cotización con IBC de \$2.379.542, por lo que demuestra capacidad económica, y por otro lado, no se ha solicitado a esa EPS la realización del procedimiento de resección de tumor retroperitoneal, ya que el servicio fue solicitado a COLMEDICA y por ello es esa entidad quien debe garantizar el insumo requerido.

Si la accionante pretende realizarse el procedimiento a través de NUEVA EPS, debe acudir a esa entidad para ser valorada por el especialista y luego programar en la IPS adscrita a la red.

> COLMEDICA

Indica que el contrato de medicina prepagada se rige por las normas del derecho privado y está sujeto al acuerdo de voluntades de las partes, es decir, los tomadores aceptan las condiciones establecidas por la compañía y por ende no procede el reconocimiento de servicios no estipulados o excluidos del contrato de medicina prepagada.

Por ello considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante pues ha autorizado los servicios de acuerdo a la cobertura del plan suscrito y el tipo de afiliación de la agenciada.

- TRAMITES PROCESALES

La acción de tutela que se estudia fue recibida en este despacho el día 09 de abril de 2018, procediéndose a su admisión la misma fecha; en el auto admisorio se decretó la medida provisional solicitada, se ordenó la notificación a la entidad accionada enviándose comunicación al buzón electrónico de la demandada (fl 46) 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.

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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si la NUEVA EPS y COLMEDICA PREPAGADA, vulnera los derechos fundamentales a salud, vida y dignidad humana de la señora MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA, 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, vida y dignidad humana, por las siguientes razones:

Es evidente la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, pues la pretensión de esta acción de tutela era la consecución de la malla biológica, la cual ya se logró a expensas de la parte accionante.

Ahora bien, en cuanto a la devolución de lo pagado, es claro que existe un cambio en la situación fáctica que generó la presentación de esta acción, pues claramente ya no se pretende la autorización de la malla biológica, sino la devolución de una suma de dinero. En ese sentido, dicha petición no es procedente de manera directa a través de este medio constitucional, pues la finalidad de la acción de tutela es la protección de derechos fundamentales y no la de salvaguardar intereses económicos o patrimoniales. Es por ello que existe un trámite administrativo ante las empresas promotoras de salud para solicitar el reembolso de dineros pagados y por tal razón lo procedente es solicitar previamente, ante la entidad respectiva, la devolución de lo pagado y luego acudir, de manera subsidiaria, a la acción de tutela; cuestión que en el caso de marras no sucede.

Por ello se le recomienda a la parte demandante que efectué primeramente la reclamación respectiva ante la EPS y luego acuda a la acción de tutela, pero esta vez, solicitando inicialmente la devolución de lo pagado.

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 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



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

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 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

En la sentencia ídem 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.

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

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.

CASO CONCRETO

La señora AURA ESTELA OLIVEROS ACOSTA, promovió el presente accionamiento como agente oficiosa de MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA, con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales salud, vida y dignidad humana, y en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS, que autorice o cubra el valor excedente de MALLA BIOLOGICA para realización de procedimiento medico denominado RESECCION DE TUMOR RETROPERITONEAL VIA ABIERTA:

Como fundamentos facticos de esta acción, se plantea que la agenciada tiene 66 años de edad, que padece de TUMOR MALIGNO DEL ENDOMETRIO (fl 14-15), que el procedimiento fue autorizado por médico tratante; y COLMEDICA PREPAGADA solo cubre el valor para MALLA BIOLOGICA hasta el monto de \$1.640.608, siendo que el costo de este insumo es de \$6.467.500 (fl. 09), razón por la cual el accionante considera que le corresponde a la EPS asumir el valor faltante.

Sin embargo, a folio 48 a 52, el accionante informa a este Despacho que la cirugía de resección de tumor retroperitoneal no pudo realizarse el día 10 de abril de 2018 y que fue programada para el 17 del mismo mes y año, motivo por el cual la familia de la agenciada se vio en la necesidad de recurrir a un crédito para asumir el valor de la malla a fin de tener en sus manos el insumo de



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00065-00

forma anticipada a la realización de la cirugía. Así pues, el excedente del valor de la malla biológica fue pagado tal como se evidencia a folio 49.

Por la anterior razón, la parte accionante solicita al Despacho el reembolso de lo pagado por concepto de excedente en el costo de la malla biológica, es decir, que se le devuelva la suma de \$3.947.312.

Así las cosas, es evidente la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, pues la pretensión de esta acción de tutela era la consecución de la malla biológica, la cual ya se logró a expensas de la parte accionante.

Ahora bien, en cuanto a la devolución de lo pagado, es claro que existe un cambio en la situación fáctica que generó la presentación de esta acción, pues claramente ya no se pretende la autorización de la malla biológica, sino la devolución de una suma de dinero. En ese sentido, dicha petición no es procedente de manera directa a través de este medio constitucional, pues la finalidad de la acción de tutela es la protección de derechos fundamentales y no la de salvaguardar intereses económicos o patrimoniales. Es por ello que existe un trámite administrativo ante las empresas promotoras de salud para solicitar el reembolso de dineros pagados y por tal razón lo procedente es solicitar previamente, ante la entidad respectiva, la devolución de lo pagado y luego acudir, de manera subsidiaria, a la acción de tutela; cuestión que en el caso de marras no sucede.

Por ello se le recomienda a la parte demandante que efectúe primeramente la reclamación respectiva ante la EPS y luego acuda a la acción de tutela, pero esta vez, solicitando inicialmente la devolución de lo pagado.

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 la señora AURA ESTELA OLIVEROS ACOSTA, quien actúa como agente oficiosa de MARIA EUGENIA NIETO DE AVILA contra NUEVA EPS y COLMEDICA PREPAGADA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez