



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Acción : TUTELA
Ref. : 15001333300920150014500
Demandante : DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL
BOYACÁ / SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS
Demandado : NUEVA E.P.S.

Tunja, Veintiséis (26) de Agosto de dos mil quince (2015).

I. LA ACCIÓN

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL BOYACÁ actuando en calidad de agente oficioso de la ciudadana SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS en contra de la NUEVA E.P.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones.

- 1.1 Solicita la apoderada que de manera urgente e inmediata se ordene a la NUEVA E.P.S. que autorice y asuma el costo total de los medicamentos, procedimientos, cirugías, exámenes y todo el tratamiento integral sin dilaciones injustificadas, a fin de garantizar la protección total de los derechos de la agenciada.
- 1.2 Que las citas especializadas y los procedimientos quirúrgicos, sean ordenados de manera prioritaria.

2. Fundamentos de la Tutela.

La accionante actúa por intermedio de la Defensoría del Pueblo Regional Boyacá, manifestando que está afiliada al régimen subsidiado en salud a la NUEVA E.P.S., y que fue diagnosticada con HEMORRAGIA VAGINAL Y UTERINA ANORMAL NO ESPECIFICADA, ordenándosele por parte del médico tratante de la EPS la práctica de manera prioritaria de una HISTERECTOMIA TOTAL ABDOMINAL SOD POR DIAGNÓSTICO DE MIOMATOSIS UTERINA.

Señala la accionante que la NUEVA EPS, no autorizó ni programó la cirugía, toda vez que el cirujano aun no tiene agenda, respuesta que le ha sido dada en más de 5 veces cada vez que se ha hecho la solicitud, pese a que ya le fueron realizados los exámenes de anestesiología, de sangre, del corazón, ecografías y demás requeridos por el cirujano, los cuales tienen caducidad, aunado que la enfermedad de los MIOMAS sigue progresando, poniendo en riesgo la salud de la paciente por la omisión de la accionada.

3. Derechos fundamentales violados.

Refiere la tutelante que se le están vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana, según lo preceptuado en el artículo 11 de la Constitución Política. Indica que sobre el derecho a la vida en la sentencia de Tutela No. 528 del 23 de julio de 1999, M.P. Fabio Moron Díaz se manifestó: ***"Derecho a la salud: en relación con su protección constitucional se distinguen dos connotaciones: de un lado, la salud adquiere el rango fundamental, por ende, es susceptible de amparo a través de la tutela. La entrega de medicamentos por parte de las empresas promotoras de salud pueden ordenarse por vía de tutela cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad"***.

Así mismo refiere como fundamento, el artículo 11 y 86 de la Constitución Política, y los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, además de los artículos 2 – 3 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas concordantes.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 11 de agosto de 2015 ante la Oficina Judicial de Tunja (fl. 4), repartida también el día 11 de agosto de 2015 (fl.17) e ingresada al Despacho en la misma fecha (fl. 18).

Mediante auto proferido el 12 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° y 14 del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 19 a 20), con auto de la misma fecha se resolvió lo pertinente a una medida provisional (fls. 21 a 23), que consistió en **"NEGAR** a la medida provisional solicitada por la DEFENSORIA DEL PUEBLO REGIONAL BOYACÁ en calidad de agente oficioso de la señora SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS."

1. Contestación.

1.1. NUEVA E.P.S.

Dentro de la oportunidad legal correspondiente la NUEVA E.P.S. se abstuvo de dar contestación a la presente acción.

2. Pruebas

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

- Copia de la orden médica para procedimiento quirúrgico (fls. 6 a 8).
- Copia de la Historia Clínica (fls. 9 y 10).
- Copia de exámenes que ya le fueron practicados previos a la cirugía (fls. 11 y 16).
- Copia de la pagina del puntaje de la tutelante del SISBEN (fl. 24).

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho establecer la presunta vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de la ciudadana **SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS**, toda vez que según sus argumentos, el ente tutelado se encuentra violando los derechos enunciados, en razón a la falta de autorización para la práctica de una HISTERECTOMÍA TOTAL ABDOMINAL SOD por diagnóstico de miomatosis uterina.

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).*

Por su parte la ley 100 de 1993 en su artículo 178, frente a las funciones de las Entidades Promotoras de Salud, en el numeral 4º establece:

*"Definir procedimientos para garantizar el libre **acceso de los afiliados y sus familias a las instituciones prestadoras de salud, con las cuales haya establecido convenio** o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia". (Negritas fuera de texto).*

De las pruebas aportadas en curso de la presente acción, se evidencia no solamente en la historia clínica y en los exámenes practicados (fls. 6 a 10), como en los informes remitidos por el Dr. SERGIO ANDRÉS ARÉVALO URIBE así como del gerente de la CLÍNICA MEDILASER DE TUNJA (fls. 39-40 y 46), que concuerdan en afirmar que la señora SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS necesita: *"de acuerdo a las valoraciones realizadas a la paciente en mención, me permito informar que tal como se consignó en epicrisis de consulta externa, la paciente requiere procedimiento quirúrgico de Histerectomía Total Abdominal Sod, y no es posible argumentar sobre las consecuencias de no practicar dicho procedimiento, toda vez que la evolución de la patología de la paciente, está ligada no sólo a la realización del procedimiento, el cual conlleva riesgos que se han explicado claramente a la paciente, sino a las circunstancias físicas y al seguimiento de las recomendaciones y planes de manejo instaurados por los médicos tratantes por parte de la paciente".*

Se observa que el Gerente de la CLÍNICA MEDILASER DE TUNJA (fls. 39-40) indica en su contestación, que para el procedimiento quirúrgico de Histerectomía Total Abdominal Sod a la señora Fuya Vargas, se solicitó autorización a la Nueva EPS,

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

entidad que el día 13 de agosto de 2015, generó solicitud de procedimiento de su afiliada, ante lo cual se generó agendamiento para el día 18 de agosto de este año, con el especialista Víctor Rodríguez.

En respuesta a requerimiento realizado por el Despacho, el Gerente de la CLÍNICA MEDILASER DE TUNJA (fls. 50-53), señala que efectivamente la paciente SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS ingresó a esta Institución el día 18 de agosto de 2015 por el servicio de Ginecología, fecha en la cual se practicó procedimiento de Histerectomía Total Abdominal Sod por Miomatosis Uterina, lo cierto es que el referido procedimiento se practicó estando en curso la presente acción de tutela, es decir cuando ya había sido admitida, por lo cual nos encontramos frente a una carencia actual de objeto por hecho superado.

Teniendo en cuenta lo anterior y al advertirse que la práctica del procedimiento se le realizó a la accionante estando en curso la presente acción, 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).

1. Del hecho superado. Caso concreto.

Las posiciones de la Corte Constitucional² 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"³, 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, 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 Revisión⁴, 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

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

³ Sentencia T-309 del 19 de abril de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ 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.

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 qué 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).

Teniendo en cuenta lo anterior y al estudiarse la actividad desplegada por la NUEVA E.P.S. se encuentra que la práctica del procedimiento se le realizó a la señora SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS el día 18 de Agosto de 2015, esto es, estando en curso la presente acción, circunstancia que comportó que las razones o motivos que conllevaron a la accionante a impetrar la acción desaparecieran, lo que conlleva a una inexistencia de vulneración de los derechos aquí planteados.

Por tal motivo el Juzgado denegará la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

Sin condena en costas.

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.- Con fundamento en lo previsto por el primer inciso del artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, Niéguese las pretensiones de la acción de tutela instaurada por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL BOYACÁ actuando en calidad de agente oficioso de la ciudadana SANDRA PATRICIA FUYA VARGAS identificada con C.C. No. 40.044.092 de Tunja contra la NUEVA E.P.S., toda vez que el hecho que motivó la demanda se encuentra superado.

SEGUNDO.- Si este fallo no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, inmediatamente quede ejecutoriada esta providencia.

TERCERO.- Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FERNANDO ARIAS GARCÍA
Juez

Sentencia Acción de Tutela No. 2015-0145