

Sentencia T-957-09

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por autorización de la cirugía bariátrica

ACCION DE TUTELA-Orden de compulsar copias del expediente al Consejo Superior de la Judicatura

Referencia: expediente T-2.369.201

Demandante: Blanca Yaneth Núñez García.

Demandado: Cafesalud E.PS.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Bogotá, D.C., dieciocho 18 de diciembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Santiago de Cali, con ocasión de la solicitud de amparo constitucional formulado por la señora Blanca Yaneth Núñez García, contra la EPS Cafesalud.

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por Sala de Selección número Nueve, mediante Auto del 14 de septiembre de 2009, y repartida a la Sala Cuarta de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 19 de junio de 2007, la demandante Blanca Yaneth Núñez García, impetró acción de tutela contra la EPS Cafesalud, con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

2. Reseña Fáctica

La demandante se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo, a través de CAFESALUD EPS., en calidad de cotizante, desde el 19 de junio de 1999, como pensionada de la Gobernación del Valle.

Desde el año 2000, padece la enfermedad denominada “obesidad mórbida”, motivo por el cual, a partir de ése año inició tratamientos para el control de la enfermedad, sin

obtener resultados positivos.

Adicionalmente, manifiesta que desde la edad de 5 años, tiene una discapacidad consistente en la pérdida del brazo izquierdo, la cual le genera dificultades para su movilidad.

Afirma que acudió a cita con el médico especialista en endocrinología, en abril de 2007, quién le ordenó el tratamiento quirúrgico denominado "Cirugía Bariátrica Banda Elástica Ajustable por Endoscopia (Laparoscopia)".

Indica que, llevó a su EPS Cafesalud, la orden médica de cirugía que le prescribió el especialista y, en respuesta a su solicitud, la EPS le negó el procedimiento con el argumento que la "Solicitud no [está] cubierta por el POS, Resolución 5261 art. 18, Alternativa Decreto 806 art 28".

En virtud de lo anterior, el 19 de junio de 2007, interpuso Acción de Tutela, contra la EPS Cafesalud, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la Vida, la Salud y la Seguridad Social.

En consecuencia, el 6 de julio de 2007, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal, conoció de la tutela y decidió negar el amparo solicitado, con el argumento que "no se demuestra que la no práctica de la cirugía Bariátrica Banda Elástica, coloca en riesgo la vida de la paciente".

Por otra parte, en el mes de junio de 2007, la EPS Cafesalud, vínculo a la señora Blanca Yaneth Núñez García, al grupo de obesidad, quien estuvo en el tratamiento, sin obtener una pérdida de peso significativo.

Así las cosas, la demandante, el 07 de marzo de 2008, acudió a cita de control con el médico especialista en endocrinología, quien le prescribió de nuevo la cirugía Bariátrica. De igual forma, llevó la orden del procedimiento quirúrgico para que la autorizaran en su EPS, obteniendo la misma respuesta: "el procedimiento no está incluido en el POS".

En consecuencia, la demandante nuevamente acudió a la acción de tutela, a fin de que le protegieran sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, vulnerados por la entidad demandada. De dicha acción conoció el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Cali, quien el 12 de noviembre de 2008, dictó sentencia, ordenando tutelar los precitados derechos fundamentales de la demandante. Así mismo, ordenó a Cafesalud E.P.S, remitirla ante los médicos especialistas de esa entidad, para que fuera valorada y evaluaran los riesgos de la intervención quirúrgica, la cual, de ser procedente, debía realizarse en un término de 45 días.

En cumplimiento de la anterior sentencia, el 13 de julio de 2009, el especialista en Cirugía Bariátrica por Laparoscopia adscrito a la EPS Cafesalud, valoró a la demandante, confirmó el diagnóstico de Obesidad Severa y ordenó el procedimiento Bypass Gástrico por Laparoscopia, el cual fue practicado el 8 de septiembre de 2009. (Resalta la Sala).

3. Pretensiones de la parte actora.

Mediante la presente acción de tutela la señora Blanca Yaneth Núñez García, pretende que se proteja sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social y, en consecuencia, que se ordene a Cafesalud EPS, autorizar la Cirugía Bariátrica, prescrita por el médico tratante.

4. Pruebas que obran en el expediente.

Con el escrito contentivo de tutela se aportaron como pruebas:

* Fotocopia simple de formato de negación de los servicios de salud¹.

* Fotocopia simple de historia clínica².

5. Respuesta del ente accionado.

El Juez Treinta y Uno Civil Municipal, mediante Auto del 21 de junio de 2007, admitió la demanda, y corrió traslado a la entidad demandada para que se pronunciara sobre los hechos.

El 3 de julio de 2007, el ente accionado, se pronunció sobre la solicitud de tutela, informando que la paciente presenta un cuadro de obesidad secundario a la ingesta exagerada de calorías diarias, que la ha llevado al aumento de peso. Por ello, le ofrecieron un tratamiento médico no quirúrgico para el manejo de su enfermedad, el cual requiere del compromiso de la paciente.

Informan que la demandante sólo desea realizarse la cirugía sin considerar el riesgo al que se expone, y del cual se han tenido diferentes fatalidades. Ahora bien, la cirugía solicitada, banda gástrica ajustable por laparoscopia, es una de las formas de tratamiento para la obesidad, no es la única alternativa de tratamiento, pero sí es la última que se debe utilizar en éstos casos.

Por otra parte, informan que el régimen contributivo concede a sus afiliados los beneficios previstos en el plan obligatorio de salud, los cuales están a cargo de las entidades promotoras de salud, plan que no incluye, la Cirugía Bariátrica, argumento fundamentado en la Resolución No. 5261 de 1994.

Así las cosas, del POS han sido excluidos algunos procedimientos y medicamentos, de manera que las entidades que lo administran pueden negarse, legítimamente, a prestar los servicios no contemplados, para lo cual se amparan en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

Argumentan que la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, específicamente en las Sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, estableció unos requisitos mínimos que deben ser observados por los jueces, para que proceda el amparo de tutela, respecto del suministro de medicamentos o tratamientos médicos excluido del Plan Obligatorio de

Salud, por cuenta de las EPS, pero con cargo a los recursos públicos del sistema de salud.

Por lo que a juicio de la entidad demandada el juez es quien debe verificar que se configuren todas y cada una de las hipótesis previstas por la Jurisprudencia Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del sistema.

Por otra parte, la entidad establece que respecto de la protección del derecho a la salud, de igual forma la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha hecho claridad en el sentido de que solo adquiere el rango de fundamental cuando existe un riesgo inminente para la vida u otro derecho fundamental, a contrario sensu, al no presentarse éste nexo, el derecho a la salud se queda en el ámbito de lo prestacional, y no puede ser reivindicado por ésta vía.

Así mismo, informa que la EPS tiene derecho a obtener el recobro en los términos establecidos por ésta Corporación

En razón de lo anterior, la EPS Cafesalud, solicitó se denegara la acción de tutela por improcedente, por cuanto la conducta desplegada por ellos ha sido legítima.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

Mediante sentencia del 6 de julio de 2007, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal, negó el amparo solicitado por la señora Blanca Yaneth Núñez García, en razón que la cirugía prescrita se encuentra excluido del POS, por lo tanto Cafesalud EPS, al negar el procedimiento no incumplió con la prestación del servicio. Así mismo, ordenó la valoración por parte de especialistas en cirugía Bariátrica, para que determinara la viabilidad de la opción quirúrgica, y si es apta para dicho procedimiento

Por otra parte, el juez consideró que no se observa un riesgo para la vida de la demandante al no practicarle la cirugía Bariátrica Banda Elástica, ya que el Especialista Endocrinólogo la prescribió como alternativa de manejo para el control de peso

La demandante no impugnó la sentencia de primera instancia.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto del veintiuno (21) de octubre de 2009, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente caso. En consecuencia, resolvió oficiar a:

1. La EPS Cafesalud, para que informara (i) Si la accionante se encontraba afiliada a dicha entidad, en qué calidad y desde cuándo; (ii) Si hasta la fecha, a la accionante la ha valorado un cirujano bariátrico; (iii) Si le han practicado el procedimiento denominado by pass gástrico y si para ello tuvo que interponer nuevamente una acción de tutela.

2. La señora Blanca Yaneth Núñez García, para que informara a esta Sala: (i) Si ya le habían practicado la cirugía Bariátrica y, (ii) Si había interpuesto una nueva acción de tutela para que le practicasen dicha cirugía.

Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Corporación el día 3 de abril del presente año, la EPS Cafesalud respondió los cuestionamientos indicando que desde 19 de junio de 1999, la señora Blanca Yaneth Núñez García, se encuentra vinculada a Cafesalud, en el régimen contributivo; que fue valorada en tres oportunidades por el cirujano bariátrico, la remitieron a medicina interna, psiquiatría y nutrición, y que el comité de obesidad autorizó la cirugía que fue practicada el 7 de septiembre de 2009.

Así mismo, la EPS informó que la paciente presentó una acción de tutela, la cual le correspondió al juzgado 27 penal Municipal con funciones de control de garantías, notificada el 31 de octubre de 2008, en la cual la demandante solicitaba el By Pass Gástrico, las cirugías plásticas que se deriven de procedimiento y el tratamiento integral.

Mediante escrito recibido en la Secretaría de esta Corporación, el día 12 de noviembre del presente año, la señora Blanca Yaneth Núñez García le respondió a la Sala que el día 8 de septiembre de 2009, le practicaron la cirugía By Pass Gástrico.

Por otra parte, indica la demandante que, posteriormente, la EPS puso en riesgo su salud, en la medida en que, sufrió una descompensación, debido a la no autorización oportuna y diligente de unos medicamentos que requería como consecuencia de su intervención quirúrgica, en razón a que, el 15 de septiembre de 2009, el médico tratante se los prescribió y, sólo hasta el 6 de noviembre le hicieron entrega de los mimos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, la señora Blanca Yaneth Núñez García, actúa en defensa de sus derechos fundamentales, razón por la cual, se encuentra legitimada para presentar la acción.

2.2 Legitimación pasiva

La EPS demandada, Cafesalud, es una entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, en la medida en que de ella se predica la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

3. Problema Jurídico

En el caso concreto, la ciudadana Blanca Yaneth Núñez García, interpuso acción de tutela, en razón a que la entidad demandada no le autorizó el procedimiento de "Bypass Gástrico por Laparoscopia", por considerar que está excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS-, para lo cual invoca la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social.

De acuerdo con las pruebas allegadas a ésta Corporación, el problema que se viene planteando debe formularse así: ¿Se configura un hecho superado cuando durante del trámite de la acción de tutela se han restablecido los derechos conculcados?

Para resolver dicho interrogante, esta Corporación reiterará su jurisprudencia relacionada con los eventos en los que se configura un hecho superado en la acción de tutela por carencia actual del objeto.

3.1. Hecho superado

El artículo 86 de la Constitución Política, instituyó la acción de tutela como medio para "reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo..." (Resalta la Sala).

Del citado texto constitucional, claramente se desprende que la acción de tutela tiene como fin la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por una autoridad pública o por un particular en los casos que señala la ley, protección que se materializa con la emisión de una orden por parte del juez dirigida a impedir que tal situación continúe.

De este modo, si en el curso de la solicitud de amparo se constata el cese de la vulneración o de la amenaza de los derechos fundamentales, entonces la acción de tutela se torna ineficaz, ya que la posible orden de acción u omisión no tendría un objeto sobre el cual recaer, comoquiera que la vulneración o amenaza cesó.

En Sentencia T-570 de 1992 M.P Jaime Sanin Greiffenstein, en uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte expuso sobre el particular:

"La acción de tutela tiene por objeto la protección cierta y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido favorable o desfavorable, lo cual constituye la razón de ser de la solicitud que ante la autoridad judicial dirige la persona que se considera afectada. De tal forma que si la situación de hecho por la cual la persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha o lo ha

sido totalmente, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que llegase a impartir el juez caería en el vacío. Esto implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Carta y hace improcedente la tutela”.

Esta situación, en la que la Acción de Tutela carece de objeto actual, debido al cese de la vulneración o la amenaza de los derechos, es lo que se conoce como hecho superado. El hecho superado, ha dicho esta Corporación, se presenta cuando por la acción u omisión del obligado, desaparece la afectación del derecho cuya protección se reclama, de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez constitucional. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión ‘hecho superado’, en el sentido obvio de las palabras, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.

Esta posición ha sido reiterada en múltiples oportunidades por las distintas salas de revisión de esta Corte. Al respecto, se pueden examinar las sentencias T-800 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-699 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre muchas otras, en las que se ha expuesto de manera puntual el concepto de carencia actual de objeto por hecho superado y su aplicación a cada caso, concretamente, cuando ha cesado la amenaza o violación del derecho.

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas solicitadas³ y, posteriormente allegadas por las partes, se constata que durante el trámite del proceso de revisión, la EPS Cafesalud le practicó a la demandante la cirugía Bariátrica ordenada por su médico tratante y que constituía el objeto de la presente tutela.

Lo anterior con ocasión de una nueva acción de tutela que interpuso la accionante, y que fue conocida por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Cali, el cual, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2008, tuteló el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna de la actora, ordenando a Cafesalud E.P.S, remitirla ante los médicos especialistas de esa entidad, a fin de que fueran valorados y evaluados los riesgos de la intervención quirúrgica “Cirugía Bariátrica”, la cual, de ser procedente, debía realizarse en un término de 45 días. En cumplimiento de dicha orden, finalmente, el día 8 de septiembre de 2009, le fue practicada la cirugía a la actora.

4. Llamado de atención a la EPS Cafesalud.

No obstante que en el presente caso se configuró un hecho superado, la Corte no puede pasar por alto el informe presentado a esta Corporación por la señora Blanca Yaneth Núñez García, dando cuenta de la demora de la EPS Cafesalud, en la entrega de los medicamentos prescritos en el periodo pos-operatorio a la cirugía bariátrica que le fue practicada. Concretamente, hace referencia a los medicamentos prescritos en la orden médica del 8 de septiembre de 2009, los cuales sólo le fueron entregados el 6 de noviembre de 2009, es decir más de dos meses después.

Según lo ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia Constitucional⁴, la omisión en la entrega de los medicamentos o la demora en el suministro de los mismos, por parte de las EPS, puede llegar a afectar no solo la salud de los pacientes, sino también su propia vida, en cuanto que estos, cuando son ordenados por el médico tratante, se constituyen

en el medio idóneo para mejorar o recuperar la integridad física y/o psicológica de los pacientes.

Sobre éste particular, dijo la Corte en la Sentencia T-1192 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra:

“La dilación injustificada podría agravar el padecimiento y, eventualmente, llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso, la vida del afectado. En consecuencia, es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente imprescindible.” [9]

Así las cosas, en la parte resolutive de éste fallo, la Corte prevendrá a la EPS, Cafesalud, para que en adelante, adopte las medidas correctivas necesarias que permitan la entrega oportuna de los medicamentos que le sean prescritos en el futuro a la accionante, y de ésta manera no se continúe afectando sus derechos fundamentales.

5. Demora injustificada en remisión de expediente.

El Decreto 2591 de 1991 en sus artículos 31 y 32, señala los términos en que los jueces deben remitir los fallos de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Según dichas normas, cuando el fallo de primera instancia no es impugnado, debe enviarse el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, al día siguiente del vencimiento del término para impugnar (art. 31). Por el contrario, si se impugna la decisión, resuelta la misma, el juez de segunda instancia debe remitir el proceso a la Corte dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo (art. 32).

Teniendo en cuenta lo anterior, observa esta Sala que en el presente caso, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Santiago de Cali, que conoció en primera instancia la presente acción de tutela, excedió en forma desproporcionada el término establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para el envío del expediente a esta Corporación, para efectos de su eventual revisión.

Al respecto, se tiene que, la acción fue instaurada el 19 de junio de 2007 y la sentencia se profirió el día 6 de junio del mismo año, sin que la misma fuera impugnada. De acuerdo con el escrito remisorio, suscrito por el secretario del juzgado, el expediente fue enviado a la Corte el 22 de mayo de 2008, es decir, más de 10 meses de proferida la sentencia. Adicionalmente, dicho expediente sólo fue recibido por la Secretaría de ésta Corporación el 13 de agosto de 2009, lo cual significa que entre la fecha de la

sentencia y el trámite de la eventual revisión de la Corte transcurrieron más de dos años.

Teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente descritas, se ordenará compulsar copias de esta providencia al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que, en caso de que haya lugar, lleve a cabo las actuaciones que correspondan, a fin de establecer las causas que generaron la demora en el envío del expediente a la Corte Constitucional, y proceda conforme a sus competencias.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR, la carencia actual de objeto por existir un hecho superado.

SEGUNDO: ADVERTIR a Cafesalud EPS que, en adelante, preste a la sus afiliados, y en particular señora Blanca Yaneth Núñez García, una atención médica adecuada, oportuna y sin dilaciones injustificadas que puedan suponer vulneración de sus derechos fundamentales.

TERCERO: ORDENAR, Por Secretaria General de esta Corporación, compulsar copias del expediente T-2.369.201, al Consejo Superior de la Judicatura, para que, en caso de que haya lugar, lleve a cabo las actuaciones que correspondan, a fin de establecer las causas que generaron la demora en el envío del expediente a la Corte Constitucional, y proceda conforme a sus competencias.

CUARTO: LÍBRENSE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 5, del Cuaderno principal del expediente.

2 Ver folios 6 a 12, del Cuaderno principal del expediente.

3 Auto del 21 de octubre de 2009.

4 Ver entre otras, las Sentencias T-027 de 1999 M.P Vladimiro Naranjo Mesa.