



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C**

**ACCIÓN DE TUTELA
No. 1100131100-18-2020-00510-00**

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Procede el despacho a emitir fallo dentro del presente trámite de acción de tutela interpuesta por Clara Lucia Ortegón Peña en contra de la Nueva E.P.S., y Messer Colombia S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y a la libertad de locomoción.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

- 1.1. Manifestó la accionante que en el año 2018 fue diagnosticada con TUMOR MALIGNO DEL RECTO (C20X). razón por la cual inicio tratamiento de quimioterapia, tratamiento que continúa recibiendo hasta la fecha y que para el año 2019 además del diagnóstico enunciado anteriormente, fue diagnosticada con: DERRAME PLEURAL NO CLASIFICADO EN OTRA PARTE (J90X) - HALLAZGOS ANORMALES EN DIAGNOSTICO POR IMAGEN DEL PULMON (R91X), lo que origino que tenga que contar con soporte respiratorio de manera permanente y con carácter vital.
- 1.2. Indicó que el soporte respiratorio que le brindó la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A (Nueva EPS), consta de un concentrador de oxígeno electrónico y dos balas de oxígeno, de los cuales, el concentrador de oxígeno eléctrico tiene un peso aproximado de 23 libras y debe permanecer conectado a una toma eléctrica y que a su vez una de las balas de oxígeno asignada, tiene un peso de 26 libras aproximadamente, mientras que la otra bala de oxígeno tiene una longitud de aproximadamente 60 cm y un peso de 10 libras.
- 1.3. Señaló que el día 10 de septiembre del presente año, en cita con médico tratante, especialista en neumología, la Dra Mary Bermúdez Gómez, detalló en el resumen de atención: "Paciente con historia de CA de recto con compromiso metastásico a nivel hepático, pulmonar (nódulos y compromiso pleural) y óseo., Quien viene en manejo por oncología, ha requerido toracentesis en mayo y septiembre para drenaje de líquido pleural por disnea.

En evaluación para definir pleurodesis. Requiere cambio de sistema de oxígeno.”

- 1.4. Reseño que en la misma cita del día 10 de septiembre del 2020, la Dra Mary Bermúdez Gómez médica tratante especialista en neumología de la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A (Nueva EPS), atendiendo su delicado estado de salud y necesidades, le ordeno un concentrador portátil de oxígeno, para sus desplazamientos, formula medica que fue anexada al presente tramite de la cual se extrae: “REQUIERE CONCENTRADOR PORTATIL DE OXIGENO POR SU CONDICION CLINICA Y FRECUENCIA DE DESPLAZAMIENTO PARA ATENCION MEDICA NO ES POSIBLE TRANSPORTAR LA BALA PORTATIL Y LA PACIENTE NO PUEDE QUEDARSE SIN OXIGENO.”
- 1.5. Expreso que la fórmula médica con la solicitud del concentrador de oxígeno portátil fue radicada ante el prestador de servicio MESSER COLOMBIA S A, el día 16 de septiembre de 2020 con Número de radicado 3206454 y que a la fecha de la presentación de la acción constitucional, MESSER COLOMBIA S A, no ha atendido la solicitud de entrega de concentrador de Oxígeno portátil, pese a haber realizado un sin número de llamadas, para conocer el estado de su solicitud y fecha posible de entrega del concentrador de oxígeno portátil, la respuesta por parte de Messer Colombia fue que no tienen equipos disponibles.
- 1.6. Esbozo que debido a su diagnóstico médico, y el consecuente deterioro en su estado de salud y al no recibir el concentrador de oxígeno portátil, ordenado por el médico tratante, le ha sido imposible poderse movilizar a sus citas médicas presenciales, procedimientos médicos e incluso realizar tareas comunes de desplazamiento dentro del hogar, dado el peso de los elementos asignados como soporte respiratorio, ya que no es capaz de cargar por su cuenta ninguno de los elementos descritos en el numeral 1.1.
- 1.7. Finalmente manifestó que con ocasión de dicha omisión, se ha deteriorado su condición de salud, socavando así su dignidad como ser humano al verse imposibilitada y no poder realizar sus actividades diarias aunado a que no siempre pudo contar con la compañía de un familiar, para que este le preste la colaboración necesaria.

2. PRETENSIONES

Invocó la solicitante del amparo constitucional que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y a la libertad de locomoción y en consecuencia, se ordene a la Nueva E.P.S. y a Messer Colombia S.A., la entrega inmediata del concentrador de oxígeno portátil.

3. TRÁMITE PROCESAL

- 3.1 La acción de tutela fue interpuesta el 27 de octubre de 2020, correspondiéndole por reparto a este despacho judicial.
- 3.2 Por auto del 27 de octubre de 2020 se admitió la acción, ordenando notificar a las accionadas e igualmente se les ordenó contestar a todos y cada uno de los hechos objeto de amparo, adicionalmente, fueron vinculadas al presente tramite el Hospital Universitario San Ignacio y la Superintendencia Nacional de Salud, en los mismos términos que las accionadas.
- 3.3 De conformidad con lo expuesto por las accionadas en respuestas allegadas vía correo electrónico, este despacho mediante auto de fecha 06 de noviembre de 2020, dispuso:

“VINCULAR al Gerente Regional de Bogotá de la Nueva EPS, **doctor Juan Carlos Villaveces Pardo.**, a la **Dra. Mary Bermúdez Gómez** y al **Ministerio de Salud y Protección Social**. En consecuencia se ordena su notificación, requiriéndolos además para que, **dentro del término improrrogable de cinco (05) horas**, se pronuncien sobre todos y cada uno de los hechos en que se fundamenta la tutela y realicen la petición de pruebas que crean convenientes, **a través del correo electrónico de este despacho jfcto18bta@notificacionesrj.gov.co; lo anterior, atendiendo los acuerdos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto a la Emergencia Sanitaria decretada.**

NOTIFICAR al Gerente Regional de Bogotá de la Nueva EPS enunciado en el numeral anterior al correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co.

REQUERIR a la accionante para que en el término señalado en el numeral anterior y conforme a la respuesta emitida por Messer Colombia S.A., indique a este despacho si ya le fue entregado el concentrador portátil de oxígeno, por parte de la entidad accionada anteriormente señalada. (...)”

4. CONTESTACIONES

4.1. NUEVA EPS

Manifestó que ha venido asumiendo todos los servicios médicos que ha requerido CLARA LUCIA ORTEGON PEÑA, para el tratamiento de todas las patologías presentadas en los periodos que ha tenido afiliación con la EPS, garantizando así, la prestación de los servicios de salud dentro de su red de prestadores según lo ordenado por el médico tratante y de acuerdo con la Resolución 3512 de 2019 y demás normas concordantes.

Hizo énfasis en que la NUEVA EPS no presta el servicio de salud directamente, sino a través de una red de prestadores de servicios de salud contratadas, las cuales son avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo; dichas IPS programan y solicitan autorización para la realización de citas, cirugías, procedimientos, entrega de medicamentos, entre otros, de acuerdo con sus

agendas y disponibilidad.

Señalo que la NUEVA EPS no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental de la accionante, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos y que por el contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud.

4.2. MESSER COLOMBIA S.A.

Indico que el concentrador portátil es un dispositivo médico que no se compra ni se ensambla en Colombia, al menos la marca que maneja MESSER COLOMBIA S.A. (INOGEN). Adicionalmente, que el proceso de nacionalización, por ser un dispositivo médico, es una tarea ardua porque se debe obtener la licencia del INVIMA, y todos sus repuestos en caso de daño se deben comprar en el exterior, aunado que se trata de un dispositivo cuyo valor asciende a USD\$ 4.500, y es por estas razones que no es un equipo de disponibilidad inmediata.

Comento que el medicamento (oxígeno) tiene varias fuentes de provisión, y para el caso de la Señora Ortegón, tanto NUEVA EPS como MESSER COLOMBIA S.A. han garantizado la continuidad en el tratamiento a través del suministro del cilindros portátiles, de allí que no exista ninguna vulneración a la salud o vida de la paciente susceptible de ser tutelada vía acción de tutela.

Arguyo que una vez verificada internamente con su área de Operaciones Clínicas la disponibilidad de un concentrador portátil que en días pasados fue liberado por otro paciente, **el equipo le sería entregado a más tardar el día 31 de octubre de 2020 a la paciente Sra. Clara Lucía Ortegón Peña.**

4.3. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO

Reseño que esa institución prestadora de servicios de salud no puede extralimitarse en sus funciones y autorizar el servicio que requiere la accionante, ya que conforme lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-106/97, refiriéndose al esquema introducido por la Ley 100 de 1993, el mismo no establece la Prestación del servicio de salud de manera directa entre el médico y el paciente, sino que es la entidad aseguradora la obligada a garantizar la prestación del servicio, por lo cual, la responsabilidad de no prestarse el servicio en las condiciones estatuidas en la Ley 100 de 1993, es propia de la Entidad Promotora de Salud EPS. Organización que de acuerdo con las disposiciones vigentes debe contar con una red amplia y suficiente de instituciones prestadoras que garanticen en caso de limitación o no disponibilidad de una institución específica, el acceso del afiliado en otra

adscrita a la aseguradora de servicios de salud.

Manifestó que el Hospital Universitario San Ignacio no es responsable de las autorizaciones y del suministro de medicamentos o insumos, puesto que, las autorizaciones no son de competencia del Hospital ni la determinación en que IPS va a ser tratado el paciente y que como IPS en ningún momento ha denegado o desconocido derecho fundamental alguno del paciente.

4.4. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicito su desvinculación dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no devienen de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.5. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Dentro del término concedido mediante auto de fecha 06 de noviembre de 2020, no emitió pronunciamiento.

4.6. DRA. MARY BERMÚDEZ GÓMEZ

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el secretario general y jurídico del Hospital Universitario San Ignacio, señaló que en cumplimiento a lo ordenado por este despacho, procedieron a indagar a la Dra. Mary Bermúdez Gómez especialista que valoró a la accionante, quien ratifico lo prescrito en su valoración del 10 de septiembre de 2020 y que obra como anexo del escrito de tutela en el cual se señala el texto de la historia clínica: "La paciente requiere cambio del sistema portátil de oxígeno de bala a concentrador, dado que por su condición clínica, el número de desplazamientos y la pandemia le es difícil transportar la bala o tener quien puede hacerlo por ella".

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela, aspectos generales

Establece el artículo 86 de la Constitución de 1991 la acción de tutela, constituyéndola como mecanismo preferente y sumario, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas que hayan sido conculcados por acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

2. Problema Jurídico y tesis del despacho

Como surge del recuento de los antecedentes y teniendo en cuenta las documentales allegadas al plenario, el problema jurídico que ocupa la atención de este Despacho, se circunscribe en establecer:

¿Si la Nueva EPS y Messer Colombia S.A., vulneraron los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y a la libertad de locomoción de la señora Clara Lucia Ortegón Peña, al no realizar la entrega del concentrador de oxígeno portátil, formulado por su médico tratante?

Para dar respuesta al interrogante anterior es menester precisar:

3. Del derecho fundamental a la Salud

La Jurisprudencia constitucional desde sus inicios ha evolucionado el concepto del derecho a la salud, extrayéndolo de su contenido prestacional y colocándolo por la vía de la fundamentalidad. En un primer momento sólo por vía de conexidad con otros derechos de tal talante y, posteriormente, atendiendo a las condiciones propias de los reclamantes, se le dio a la salud intrínsecamente el carácter de fundamental.

En un primer estadio de tal desarrollo, la protección directa del derecho a la salud, se otorgó para un grupo poblacional específico atendiendo a razones de edad, condición física o debilidad manifiesta, grupo dentro del cual se encuentra los niños, la tercera edad, mujeres embarazadas, personas con enfermedades catastróficas o en condiciones especiales de debilidad manifiesta, bien sea física, económica o psicológica.

Recalcó la Corte Constitucional:

*"La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho a la salud tiene raigambre de derecho fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, inclusive en aquellos casos en que éste se encuentra en pugna otro u otros derechos tales como la vida o a la integridad personal"*¹

Igualmente, le otorgó un carácter dual de protección, que implicaba:

*"(...) esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a **la salud, como bien jurídico** que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, **se da en dos sentidos: (i) en primer lugar**, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio ^[1]. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2011

a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional. "(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos(...)"²

Y en punto de la autonomía de la salud como derecho fundamental concretó que:

"La Corte reconoce actualmente a la salud como un derecho fundamental autónomo del cual, debido a los limitados recursos con los que cuenta el Estado, se derivan dos tipos de obligaciones: (i) las de inmediato cumplimiento y (ii) las de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho. En concordancia con lo anterior, este Tribunal ha expresado que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política.

En consecuencia, esta Corporación ha señalado de manera reiterada que la acción de tutela protege el derecho fundamental a la salud en su dimensión de acceso a los servicios en salud que se requieren con necesidad, en condiciones dignas. En otras palabras, la garantía básica del derecho fundamental a la salud consiste en que todas las personas deben tener acceso efectivo a los servicios que requieran, es decir, aquellos "servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad."³

De la cita jurisprudencial transcrita, puede deducirse que el derecho a la salud, implica el acceso a los servicios indispensables para su conservación, teniendo derecho todas las personas a que se garantice el acceso seguro a todos los servicios en salud y que su prestación sea digna, en consecuencia negar cualquiera de estos componentes genera la vulneración del precitado derecho.

4. De los presupuestos del hecho superado.

La jurisprudencia desarrollada por la Honorable Corte Constitucional en trámite de múltiples acciones de tutela ha establecido que cuando en desarrollo de una queja de tutela acaecen hechos que llevan al juez constitucional a determinar que los motivos que fundaron la amenaza o vulneración a derechos fundamentales respecto de los cuales se reclama amparo desaparecen, se configura la existencia de un hecho superado, "fenómeno que extingue el objeto jurídico sobre el que gira la tutela, pues resta toda eficacia a las decisiones adoptadas por el juez [constitucional]"⁴.

Fue así como la jurisprudencia definió la presencia del mencionado fenómeno así:

² C. Const. Sentencia T-358 de 2003

³ C. Constitucional, Sentencia T-104 de 2010

⁴ Véanse las sentencias T-436/10, T-442/06, T-902/01, T-262/00, T-321/97, T-505/96, T-081/95 y T-535/92, entre otras.

"El hecho superado 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. (...) Si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual 'la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío'⁵.

Circunstancia que en consideración de la citada Corporación encuentra lugar por cuanto el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro diferente a la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionales de estirpe fundamental cuando aquéllos se vean conculcados o amenazados por una autoridad pública o un particular. (Art. 1º del Decreto 2591 de 1991).

De tal suerte que la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el juez, si encuentra vulnerado o amenazado el derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

De las consideraciones hasta aquí expuestas se concluye que cuando el juez constitucional verifica la existencia de un hecho superado debe declarar la carencia actual de objeto respecto del pronunciamiento constitucional, correspondiendo ahora ocuparse del caso en concreto de la referencia.

5. Del caso en concreto

Examinado el *sub – judice*, encuentra esta juzgadora que la señora Clara Lucia Ortégón Peña pretende a través de la presente súplica de tutela, se ordene a las accionadas realizar la entrega inmediata del concentrador de oxígeno portátil, por ella requerido, frente a lo cual, Messer Colombia S.A., manifestó dentro del presente trámite que realizaría la entrega a más tardar el día 31 de octubre de los corrientes. En consecuencia, esta sede judicial deberá determinar si en el presente asunto se configuró el fenómeno denominado por la jurisprudencia constitucional como hecho superado, o si por el contrario se conculcaron los derechos fundamentales deprecados.

Sea lo primero, precisar que conforme a la documental allegada, se encuentra acreditado que la accionante es una persona de 65 años de edad que fue diagnosticada inicialmente con tumor maligno del recto y posteriormente con derrame pleural no clasificado.

Así mismo, advierte el despacho que conforme a la prescripción médica obrante a folio 11 del plenario, la médico tratante formuló: "**REQUIERE CONCENTRADOR PORTATIL DE OXIGENO POR SU CONDICION CLINICA Y FRECUENCIA DE DESPLAZAMIENTO PARA**

⁵. Corte Constitucional sentencia T-519 de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo.

ATENCIÓN MÉDICA NO ES POSIBLE TRANSPORTAR LA BALA PORTÁTIL Y LA PACIENTE NO PUEDE QUEDARSE SIN OXÍGENO.”

Ahora bien, en lo que concierne a la negación de la entrega del concentrador portátil de oxígeno, encuentra este despacho que la accionante de conformidad con el requerimiento elevado por esta instancia judicial, el día 06 de noviembre de 2020 manifestó vía correo electrónico: **“Atendiendo a su oficio de requerimiento, me permito informar que ya me fue entregado, el concentrador de oxígeno portátil. El mismo, me fue entregado el día 29 de octubre de 2020, por parte de un funcionario de Messer Colombia S.A Agradeciendo de antemano toda su diligencia y colaboración.”** (Sin negrilla y subrayado en el original)

En éste orden de ideas, surge de manera coruscante que la situación que dio lugar a la vulneración iterada se encuentra superada, pues Messer Colombia S.A., procedió a suministrar en debida forma el concentrador de oxígeno portátil objeto de amparo, siendo innecesario proferir orden alguna al respecto.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado:

“La acción de tutela está constituida como un instrumento preferente y sumario, dirigido a la protección de derechos fundamentales que sean violentados o amenazados de una manera actual e inminente, habiéndose reiterado que existen eventos en los que el amparo pedido se torna innecesario debido a que la amenaza, la omisión o el hecho generador de la acción desaparece en el transcurso de ésta y ya no procede ordenar que se realice lo que ha sido efectuado”⁶. (Subrayas ajenas al texto).

En consecuencia de lo anterior, y al encontrarse cumplido lo que se perseguía a través de la presente acción de tutela, esto es, obtener por parte de Messer Colombia S.A., el concentrador de oxígeno portátil prescrito a la accionante, resulta inane cualquier orden de protección, razón por la cual habrá de negar el amparo deprecado.

Ahora bien, como quiera que tampoco se observa que las entidades vinculadas a la presente acción de tutela hayan vulnerado los derechos fundamentales de la solicitante, toda vez que las mismas no tienen incidencia directa en la pretensión que ella invoca, se ordenará su desvinculación de esta súplica constitucional.

Por lo anterior, se

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho de Familia del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela interpuesta por Clara Lucia Ortegón Peña en contra de la Nueva E.P.S., y Messer Colombia S.A., conforme las razones aquí expuestas.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 2011

SEGUNDO: DESVINCULAR a las entidades vinculadas a esta acción, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Comuníquese la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En caso de no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MÓNICA EDITH MELENJE TRUJILLO
JUEZ