



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA
ACTOR: *L.P.C.A.* en representación de su hijo menor de edad *J.C.B.C.*
ACCIONADO: FAMISANAR EPS y OTROS
RADICACION: 152383333003-2018-00529- 00

Aclaración preliminar

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se estudiará la situación que involucra un menor de edad, a quien presuntamente le han sido vulnerados derechos fundamentales conforme a los hechos expuestos en el escrito inicial, este Despacho como medida de protección de su intimidad ha decidido suprimir los datos que permitan su identificación de conformidad con la jurisprudencia constitucional¹. De esta forma, el nombre del menor y el de sus familiares en la presente providencia, serán remplazados con sus iniciales, los cuales se escribirán en mayúscula, cursiva y negrilla.

I. LA ACCIÓN

Ingresan las diligencias al Despacho, con el fin de proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela promovida por la señora *L.P.C.A.* quien actúa en representación de su hijo menor de edad *J.C.B.C.*, en contra de la **EPS FAMISANAR, EL MINISTERIO DE SALUD, LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida.

¹ Ver entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-523 de 1992 (MP *Ciro Angarita Barón*; SV *José Gregorio Hernández Galindo*), T-442 de 1994 (MP *Antonio Barrera Carbonell*), T-420 de 1996 (MP *Vladimiro Naranjo Mesa*), SU-337 de 1999 (MP *Alejandro Martínez Caballero*), T-941 de 1999 (MP *Carlos Gaviria Díaz*), T-1025 de 2002 (MP *Rodrigo Escobar Gil*), T-510 de 2003 (MP *Manuel José Cepeda Espinosa*), T-639 de 2006 (MP *Jaime Córdoba Triviño*), T-917 de 2006 (MP *Manuel José Cepeda Espinosa*), T-794 de 2007 (MP *Rodrigo Escobar Gil* ; SV *Nilson Pinilla Pinilla*), T-302 de 2008 (MP *Jaime Córdoba Triviño*), T-557 de 2011 (MP *María Victoria Calle Correa*), T-453 de 2013 (MP *Nilson Pinilla Pinilla*; AV *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*), T-212 de 2014 (MP *Luis Guillermo Guerrero Pérez* ; SV *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*). En estas decisiones la Corte estudió casos en los que al advertir que un menor puede terminar afectado en alguno de sus derechos fundamentales por el hecho mismo de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela, implantó la reserva de los datos que permitieran su identificación.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Se interpone acción de Tutela contra de la **EPS FAMISANAR, EL MINISTERIO DE SALUD, LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, a efectos de que se proteja el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, y se ordene a las accionadas la autorización del tratamiento médico especializado ordenado por los médicos tratantes del menor **J.C.B.C.**– Oncología Pediatría de tercer o cuarto nivel como le fue ordenado por los médicos tratantes (fls. 12 y 28).

2. Fundamentos fácticos de la Tutela.

Aduce la actora que el 10 de diciembre de 2018, ingresó por el servicio de urgencias de la Clínica Boyacá el menor **J.C.B.C.** con 5 años de edad, dictaminándosele tumor maligno en la amígdala izquierda con disfagia progresiva, razón por la cual se ordena de manera urgente la remisión a un centro de atención médica que cuente con el servicio de oncología pediátrica de tercer o cuarto nivel, y a la fecha de radicación de la acción constitucional no le han autorizado la mencionada remisión al paciente (fls. 1-4).

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 14 de diciembre de 2018 ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama (fl.45), asignada por reparto a éste Despacho el mismo día (fl. 45).

Mediante auto proferido el 14 de diciembre de 2018, atendiendo las reglas de competencia establecidas en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017; y las reglas de reparto contenidas en el 1° del Decreto 1382 de 2000, se admitió la tutela de la referencia (fl. 48-50).

1. Contestación.

1.1. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL. La Directora Jurídica del Ministerio de Salud Y Protección Social mediante escrito enviado por correo electrónico (17 de diciembre de 2018), indicó que su representada carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011, le compete a dicha corporación la formulación de políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del sistema de seguridad social en salud, sin que sea responsable en ningún evento en la prestación de los servicios de salud. Motivo por el cual solicita la exoneración de toda responsabilidad de la entidad que representa y se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud. (fls. 65-68).

1.2. FAMISANAR EPS. Por intermedio del Gerente Regional de la Zona Oriente, la Entidad Promotora de salud accionada en la tutela de la referencia, manifiesta que el día 14 de diciembre de 2018 se realizó el traslado del menor **J.C.B.C.** desde la Clínica Boyacá hasta la Fundación Hospital la Misericordia ubicado en la ciudad de Bogotá, donde se dará continuidad al tratamiento médico del menor, conforme las recomendaciones médicas efectuadas por los galenos tratantes.

Manifiesta que la entidad que representa no ha dilatado las acciones a su cargo con el fin de que se diera el traslado del tutelante a un centro asistencial de tercera o cuarta categoría donde se contara con la especialidad médica de oncología pediátrica, razón que lleva a establecer que en el fallo de la acción de la referencia debe establecerse la carencia de objeto por hecho superado.

Finalmente solicita se autorice a la EPS a realizar el recobro ante el ADRES de los servicios NO POS prestados al menor **J.C.B.C.** (fls.70-72)

1.3. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. La Superintendencia de Salud por intermedio de su Asesor Jurídico, manifiesta que se debe desvincular a la entidad que representa, toda vez que la violación de los derechos que se alegan con el escrito de tutela no tienen origen en una acción o una omisión de la misma Superintendencia, lo que implica declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a dicha entidad.

Lo anterior, lo fundamenta en el hecho de que la Superintendencia es un organismo de carácter técnico que vela por el cumplimiento de las obligaciones y deberes a cargo de los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud entre las que se encuentran las EPS'S. (fls. 93-108)

1.4.- ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES. Por su parte, el apoderado de la ADRES, manifiesta que revisado el trámite médico que ha recibido el menor **J.C.B.C.**, no puede endilgarse vulneración de los derechos fundamentales del menor, motivo por el cual solicita la desvinculación de su representada de la acción constitucional de la referencia.

De otra parte solicita que el Despacho se abstenga de emitir pronunciamiento alguno sobre el recobro que pueden ejercer las entidades prestadoras de salud, con base en que se trata de una potestad que se extiende más allá de las facultades conferidas al Juez de tutela. (fl. 111-115)

1.5.- FUNDACION HOSPITAL PEDIATRICO LA MISERICORDIA. Por intermedio de la líder del Área Jurídica, el Hospital la Misericordia manifiesta contar con los servicios pediátricos de alta complejidad, que ha cumplido con su deber de atender los servicios requeridos por el accionante y por lo mismo, no existe vulneración a los derechos fundamentales del mismo. (fl. 122-126)

IV. CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

Corresponde al Despacho establecer la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, del menor **J.C.B.C.**, como quiera que por intermedio de su progenitora, manifiesta que las entidades accionadas, no han brindado una debida prestación del servicio de salud y han dilatado los tramites ordenados por los médicos tratantes, entre otros, la remisión del menor a un centro de tercer o cuarto nivel que cuente con la especialidad médica de Oncología Pediátrica.

De forma anticipada indica el Despacho que se declarará la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, frente a la solicitud de amparo instaurada por la señora **L.P.C.A.** quien actúa en representación de su hijo menor de edad **J.C.B.C.**

4. FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN

Teniendo en cuenta que la acción de tutela presentada, tiene como propósito la protección del derecho a la salud del menor **J.C.B.C.**, a través de la debida prestación del servicio de salud por parte de la EPS FAMISANAR, en especial con el aseguramiento del cumplimiento de las recomendaciones médicas efectuadas por los médicos tratantes, donde se exhortaba continuar con el tratamiento médico en un centro de salud de tercer o cuarto nivel, donde se cuente con la especialidad de oncología pediátrica, -remisión que a la fecha de presentación de la tutela (14 de diciembre de 2018) no se había realizado-, resulta claro, que la acción constitucional reglamentada por el **Decreto 2591 de 1991**, es el mecanismo procedente para pretender el amparo de los derechos del menor, por encontrarse afectada o puesto en riesgo su salud.

El mencionado Decreto señala en su artículo 1° lo siguiente:

“Artículo 1°. Objeto. Toda persona tendrá derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.”

4.1. PREMISAS JURISPRUDENCIALES

Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho de salud

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, en relación con el derecho a la salud, como derecho fundamental autónomo manifestó:

*“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 (...)**”² (Resaltado fuera de texto).*

Conforme a lo anterior, es claro que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad; aspectos que deben tenerse en cuenta cuando el desconocimiento del mismo se da por la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva racional y constitucional, resultan excesivos, demorados o complejos.

Igualmente se ha señalado por el máximo Tribunal Constitucional que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección; así se ha manifestado la Corte Constitucional:

“ (...) De igual manera, la Corte ha reiterado que la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna. Lo anterior por cuanto se ha estimado que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna (...)”³.

Ahora bien, con la expedición y promulgación reciente de la Ley Estatutaria de salud N° 1751 de fecha 16 de febrero de 2015 “Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, no queda duda alguna que el derecho a la salud es fundamental e irrenunciable y comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud; y que el Estado debe adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y

² Criterio reiterado en sentencia T-815 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-283/12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Igualmente, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado⁴.

4.2. Efectividad del servicio de salud bajo la óptica de la seguridad social, también considerada como derecho fundamental:

La seguridad social, además de ostentar el carácter de derecho fundamental⁵, también es un servicio público cuya prestación radica en cabeza del Estado, bajo los principios de eficiencia, integralidad y solidaridad, tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, como pasa a verse.

4.2.1. Organización y objetivos del sistema de salud:

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral que comprende el servicio de salud, se encuentra orientado a garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de lograr una calidad de vida acorde con la dignidad humana. El sistema incluye las obligaciones del Estado y la sociedad, así como las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y los servicios complementarios.

Para permitir el acceso al servicio de salud a todas las personas, se estructuraron dos regímenes: El contributivo para quienes cuentan con capacidad de pago, y el subsidiado para quienes no tienen recursos.

El régimen contributivo se define como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁶.

Ahora bien, en el marco del Sistema General de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en

⁴ Art. 2 de la Ley estatutaria No 1751 de 16 de febrero de 2015

⁵ Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social en salud, puede consultarse entre otras providencias, la sentencia T-848 de 2013 de la Corte Constitucional.

⁶ Artículo 202 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012

Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía⁷.

Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud deben prestar directamente los servicios, o contratarlos con las Instituciones Prestadoras y los profesionales debidamente habilitados para el efecto. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida⁸.

Por su parte, las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, como su nombre lo indica, son las encargadas de prestar los servicios de salud requeridos por los afiliados a las empresas promotoras de salud, de acuerdo con el nivel de atención respectivo, bajo los principios de calidad y eficiencia⁹.

4.2.1.1. Obligación de garantizar el tratamiento integral:

En este punto, se resalta que el Juez de tutela tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud atendiendo al principio de integralidad contemplado especialmente en los artículos 153 (numeral 3º), 162 y 156 (literal c) de la Ley 100 de 1993, máxime en aquellos casos en los que el paciente es de aquellos que requieren especial protección, como en el caso de los niños.

En efecto, la Corte Constitucional se refirió al citado principio en sentencia T-091 de 2011 y, reiterando sus distintos pronunciamientos jurisprudenciales, indicó lo siguiente:

“El legislador consagró este principio en el numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c) del artículo 156 del estatuto en comento expresa que, “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

En este orden de ideas, “existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho [a] la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades

⁷ Artículo 177 Ley 100 de 1993.

⁸ Artículo 179 Ley 100 de 1993.

⁹ Artículo 185 de la Ley 100 de 1993.

de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras".¹⁰

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, "es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente¹¹. Por lo tanto, **el derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad.**

La prestación del servicio en salud **es oportuna** cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud **es eficiente** cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para dilatar la protección del derecho a la salud.¹² Así mismo, el servicio público de salud se reputa **de calidad** cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo¹³.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la E.P.S. (...)

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a "(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología"¹⁴. Adicionalmente, la protección del derecho fundamental a la salud, no se agota con la sola prestación del servicio, sino que, además, implica que el costo que éste demande deba ser asumido por la entidad encargada de proporcionar la atención médica cuando se encuentra en el POS o una vez prestado el servicio presentara repetición contra el FOSYGA cuando la atención se excluya de los planes obligatorios de salud. Ello de conformidad con el principio de integralidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud¹⁵ (Resaltado fuera de texto).

De esta manera, puede decirse que el derecho a la salud no solo implica el suministro de medicamentos y procedimientos médicos, sino que también implica su prestación oportuna, eficiente, continua y de calidad.

Además, dada la condición de especial protección que ostentan algunos sujetos, como ocurre en el caso de los niños, el juez de tutela debe

¹⁰ Sentencia T 531 de 2009.

¹¹ Sentencia. T 398 de 2008 y T 531 de 2009.

¹² Sentencia T-760 de 2008.

¹³ Sentencia T 922 de 2009.

¹⁴ Sentencia T-103 de 2009.

¹⁵ Sentencia T-919 de 2009.

propender por garantizar la atención integral en salud, para evitar la interposición de nuevas acciones de tutela para el tratamiento de una misma patología.

Por consiguiente, en la sentencia deben ordenarse todos los cuidados requeridos por el paciente, incluyendo el suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones, siempre estableciendo parámetros que permitan delimitar la prestación, como es el caso de los suministros requeridos para una determinada patología.

4.2.2. Prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud:

Al respecto, se tiene que la Corte Constitucional ha reiterado que en el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico, es el médico tratante, pues es quien cuenta con criterios médico-científicos, y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad¹⁶.

En el mismo sentido ha dicho la Corte, que el concepto del médico tratante es vinculante para las EPS cuando se reúnen los siguientes requisitos:

“(i).- Cuando se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica

(ii).- Cuando se tuvo en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo.

(iii).- Cuando se ha valorado adecuadamente a la persona, y ha sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología”¹⁷.

Igualmente dicha Corporación ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “*médico tratante*” y quien provee las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité Científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica del paciente, pero no sometieron el caso al estudio de un especialista¹⁸.

¹⁶ Sentencia T-882 de 2013 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO

¹⁷ Ver sentencias T-378 de 2000 MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; T-741 de 2001 MP Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

¹⁸ Sentencia T-760/2008 MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

En relación con este punto, resulta adecuado precisar que de los conflictos surgidos entre el criterio del médico tratante y el del Comité Científico en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional expresó en la sentencia T-344 de 2002:

“(…) mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.”¹⁹

Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la EPS a que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones médico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel.

Adicionalmente, la Corte ha establecido circunstancias en las que el acceso a los servicios y/o tratamientos de salud, debe ser protegido de manera inmediata. En este orden de ideas, en la sentencia C-936 de 2011²⁰ expresó que en el evento en que se estuviera en presencia de una urgencia en el suministro de los servicios de salud y medicamentos excluidos del POS, la EPS debe proveer el medicamento o servicio de forma inmediata.

La citada providencia dispuso lo siguiente:

“(…) Con fundamento en estas consideraciones, la Sala considera necesario reiterar la regla que ya había fijado frente al trámite ante los CTC, en el sentido de que cuando el médico tratante disponga que el medicamento, tratamiento, insumo o cualquier servicio excluido del plan obligatorio de salud de cualquier régimen deba prestarse de manera inmediata según criterio del médico tratante, la EPS deberá hacerlo así (...)

Además, cabe recordar que el artículo 130 de la Ley 1438 dispone que es una conducta que vulnera el derecho a la salud y, por tanto, sancionable: “130.4 Poner en riesgo la vida de las personas de especial protección constitucional”, como son los niños, los adultos mayores, la mujeres embarazadas, las personas en situación de discapacidad y las personas gravemente enfermas, entre otras”.

¹⁹ Sentencia T-344 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa. Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, en las Sentencias T-053 de 2004 MP Alfredo Beltrán Sierra; T-616 de 2004 MP Jaime Araujo Rentería; T-007 de 2005 MP Manuel José Cepeda Espinosa; T-171 de 2005 MP Jaime Córdoba Triviño; T-1126 de 2005MP Alfredo Beltrán Sierra; T-1016 de 2006 MP Álvaro Tafur Galvis; T-130 de 2007 MP Humberto Antonio Sierra Porto; T-461 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra; T-489 de 2007 MP Nilson Pinilla Pinilla; T-523 de 2007 MP Clara Inés Vargas Hernández; T-939 de 2007 MP Jaime Araujo Rentería; T-159 de 2008 MP Mauricio González Cuervo y T-418 de 2011 M.P María Victoria Calle Correa.

²⁰ M.P. Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Así las cosas y conforme a lo manifestado en los referentes jurisprudenciales antes citados, queda claro que las entidades prestadoras de salud tienen el deber de autorizar de manera inmediata servicios de salud y/o medicamentos no incluidos en el plan de beneficios, sin someter el suministro a previa autorización del Comité Técnico Científico o de la Junta Técnico-Científica de Pares, cuando conforme a lo dispuesto por el médico tratante, se requieran de forma urgente para salvaguardar la vida y/o la integridad del paciente afectado.

4.2.3. Facultad de recobro:

Sobre el particular, basta con recordar que, sin necesidad de sentencia judicial que así lo disponga, en aquellos eventos que las entidades promotoras de salud se vean obligadas a suministrar servicios excluidos del POS, están facultadas para efectuar el respectivo recobro ante el FOSYGA cuando se trata del Régimen Contributivo, o ante las entidades territoriales en los eventos relacionados con el Régimen Subsidiado²¹. Con tal propósito deben tenerse en cuenta los parámetros establecidos en la Resolución 3595 del 24 de diciembre de 2013, en el caso del régimen contributivo y la

²¹ En Sentencia T-727/11 la Corte sostuvo textualmente lo siguiente: "...La Ley 1122 de 2007 y las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, definen las condiciones para que se cumpla satisfactoriamente el recobro de los costos adicionales en que puedan incurrir las EPS en la prestación de servicios excluidos del POS, determinando el procedimiento que debe seguirse y los montos que se reconocen y pagan por concepto de los servicios suministrados. Al respecto, el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 le asignó a las E.P.S. la obligación de llevar a consideración del CTC las solicitudes relativas a medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo para que estos sean cubiertos por el FOSYGA. El mismo artículo, en el segundo apartado, estableció una sanción para las E.P.S. consistente en asumir el 50% del costo de los servicios excluidos del Pos cuando la prestación de los mismos sea ordenada mediante fallos de tutela, siempre que se compruebe que la E.P.S. omitió el trámite respectivo ante el CTC.

La norma citada fue sometida al control de constitucionalidad y, en Sentencia C-463 de 2008²⁴ se declaró su exequibilidad condicionada, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las E.P.S. como consecuencia de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamento y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes de seguridad social en salud vigentes.

De tal manera que, de conformidad con la mencionada norma, tanto el régimen contributivo como el subsidiado pueden presentar solicitudes de atención en salud ante las E.P.S. respecto de cualquier servicio excluidos del POS (medicamentos, intervenciones, cirugías o tratamientos), y en caso de que la E.P.S. no las someta al CTC para que determine su viabilidad y de ser ordenado dicho servicio por vía de tutela, la sanción que imponía la citada disposición era la de que los costos de dicha prestación debía ser cubiertos por partes iguales: entre las EPS y el FOSYGA, tratándose del Régimen Contributivo, y entre la E.P.S.-S y las Entidades Territoriales, tratándose del Régimen Subsidiado.

Es de precisar que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 fue derogado, el 19 de enero de la presente anualidad, al entrar en vigencia la Ley 1438 de 2011 y, en consecuencia, determinó que el recobro al FOSYGA por prestación de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, actualmente, opera en un 100% y no por partes iguales entre la E.P.S o E.P.S.-S y el Fondo de Solidaridad Social FOSYGA y las entidades territoriales respectivamente, cuando omitan someter a estudios del CTC los requerimientos excluidos del POS, pues la norma citada impuso en término perentorio de dos (2) días calendarios a la E.P.S o E.P.S.-S para que el CTC estudie las solicitudes de medicamentos, tratamientos o procedimientos que se encuentran excluidos del POS, lo que desencadenó en la derogatoria de la carga impuesta por la anterior normatividad.

A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso concreto objeto de revisión.

(...) en relación con la orden del recobro al FOSYGA sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total E.P.S., tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la Sentencia T-760 de 2008, no le es dable al FOSYGA negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que éstas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto³⁵, (Resaltas fuera de texto).

Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total E.P.S., para que recobre ante el FOSYGA el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos".

Resolución 1479 de 6 de mayo de 2015, en los eventos relacionados con el régimen subsidiado.

4.3. DEL CONCEPTO DE HECHO SUPERADO.

Jurisprudencialmente se ha entendido por hecho superado²², la situación que emerge cuando en el trámite de la acción de tutela, se advierte la ocurrencia de sucesos que evidencien el cese del riesgo, o la desaparición de la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, de suerte que satisfecho lo pretendido antes de proferirse el fallo, carece de objeto que el juez constitucional “se pronuncie sobre un hecho determinado al haber desaparecido la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el actor”²³.

Ahora bien, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, la configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, no impide un pronunciamiento de fondo sobre la violación de derechos fundamentales. En efecto dijo esa Alta Corporación²⁴:

*“En este sentido, en los casos de carencia actual de objeto por hecho superado es necesario que, tanto los jueces de instancia como la Corte Constitucional, demuestren que se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que demuestren el hecho superado, lo que **autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de órdenes encaminadas a la garantía de los derechos invocados, pudiendo en todo caso: (i) pronunciarse sobre los derechos desconocidos por la negativa inicial de los accionados a satisfacer lo pretendido mediante la acción de tutela; (ii) prevenir, en la parte resolutive de la sentencia al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta; y (iii) advertir las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que se repita.** (Negrilla y subraya fuera de texto)*

5. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES PARA RESOLVER

- Copia del registro civil de nacimiento del menor **J.C.B.C.**, donde evidencia la edad del paciente (fl. 10)
- Copia de la historia clínica del 11 de diciembre de 2018, suscrita por la Doctora Dayan Paola Gómez C. sic., medica general adscrita a la Clínica Boyacá, donde se recomienda la remisión de urgencia del menor a un centro de tercer o cuarto nivel de pediatría/oncología (fl.12)
- Copia de la historia clínica del 6 de diciembre de 2018, suscrita por el Doctor Luis Manuel Vásquez Ardila, otorrinolaringólogo adscrito a la Clínica El Laguito de la ciudad de Sogamoso, en la cual se plasmó la indicación de remisión a Oncología del menor accionante (fl.28)

²²Corte Constitucional sentencias T-822 de 2010; T-693A de 2011; T-162, T-723 y T-962 de 2012, entre otras.

²³ Corte Constitucional sentencia SU-540 de julio 17 de 2007. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁴ Sentencia T-395-2014

- Copia de consulta en la base de datos del sistema de seguridad social en salud del ADRES, donde se observa la condición de afiliado activo en condición de beneficiario del menor **J.C.B.C.** (fl.47)
- Escrito de Contestación de la acción de tutela de la EPS FAMISANAR, donde se indica que la remisión médica del menor **J.C.B.C.**, se efectuó el día 14 de diciembre de 2018 con destino al Hospital la Misericordia de la ciudad de Bogotá, centro médico especializado en la atención de oncología y pediatría ordenados por el médico tratante (fls.70-72)
- Copia de correo electrónico remitido al Despacho por la Fundación Hospital Pediátrico la Misericordia, donde se indica que se han brindado los servicios médicos requeridos por el accionante, siendo ella. Una institución privada enfocada a la prestación de servicios de atención pediátricos de alta complejidad (fl. 122)

V. ANÁLISIS DEL CASO

El accionante por intermedio de su tutora por ser menor de edad, instaura la presente acción de tutela por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales de la salud en conexidad con la vida, en tanto las accionadas no se encontraban prestando en debida forma el servicio de salud y en especial por cuanto no atendían las recomendaciones de los médicos tratantes, que consideraban de urgencia la remisión del menor a un centro médico de tercer o cuarto nivel donde se contara con la especialidad de pediatría / oncología.

La entidad accionada (FAMISANAR EPS) indica mediante oficio No. 120-TUT-43994 del 17 de diciembre de 2018, que el menor **J.C.B.C.** fue remitido desde el 14 de diciembre del mismo año a las 7p.m., al hospital la Misericordia de la ciudad de Bogotá, donde se le continuaría brindando el manejo y tratamiento integral de su patología según las indicaciones y requerimiento de los galenos tratantes.

El Despacho, teniendo en cuenta lo anterior, dispuso mediante auto del 18 de diciembre de 2018, requerir al Hospital La Misericordia que informara la categoría de la institución y si se presta el servicio de oncología pediatra.

A lo anterior, mediante correo electrónico remitido el 26 de diciembre de 2018, la Representante Judicial del Hospital la Misericordia, manifiesta que la entidad que representa constituye un centro médico especializado "*en la prestación de servicios de atención pediátricos de alta complejidad*", así mismo asegura que se han atendido los servicios requeridos por el accionante en su condición de salud aportando los documentos que soportan su dicho.

Precisado lo anterior, se recalca como se dijo en el numeral 4.2.1.1. de esta providencia, que el servicio de salud debe prestarse de forma integral, asegurando no solo un actuar de las entidades prestadoras de salud de forma oportuna, si no también eficiente y de calidad.

Ahora bien, revisado el expediente se observa que la entidad accionada (FAMISANAR EPS) antes de proferirse este fallo, realizó la remisión del menor **J.C.B.C.** de la Clínica Boyacá hacia la Fundación Hospital la Misericordia de la ciudad de Bogotá, atendiendo de ésta forma las recomendaciones efectuadas por los médicos tratantes y asegurando una debida prestación del servicio de salud en un centro con la especialidad que requiere la patología padecida por el paciente, sin que la atención brindada tenga la obligatoriedad de asegurar un resultado clínico del accionante.

En este sentido, encuentra el despacho que las accionadas, en especial la entidad prestadora de salud, ha brindado el servicio que le corresponde, motivo por el cual, si bien se presentaba un riesgo en la afectación de los derechos fundamentales del actor al momento de presentación de la acción de tutela, también se evidencia como desde el 14 de diciembre de 2018, se aseguró una mejor atención a las condiciones de salud del menor, encontrándose que en la actualidad no puede predicarse vulneración de los derechos fundamentales invocados en la presente acción, en razón a que el proceso médico es un trámite de medios y no de resultados.

No obstante lo anterior, se exhortará a la Entidad Prestadora de Salud (FAMISANAR S.A.) para que en lo sucesivo se garantice la prestación del servicio del menor **J.C.B.C.** de forma integral, incluyendo tratamientos, medicamentos, transportes, etc. Evitando con ello que tanto el paciente como sus representantes legales se vean avocados a interponer cualquier otra clase de petición en defensa de su derecho fundamental.

Dicho esto, con la expedición de la decisión administrativa mediante la cual se da trámite al traslado del menor **J.C.B.C.**, a un centro médico especializado en oncología/pediatría, se garantiza la protección del derecho a la salud del accionante, luego mal puede este Juzgado impartir una orden en el sentido de tutelar la prestación del servicio de salud que ya ha sido garantizado, a pesar de que se hizo en curso de ésta acción. En estas circunstancias, puede decirse que se está frente a una carencia de objeto por hecho superado, aclarándose que si bien la fecha de remisión del actor a un centro médico especializado es concomitante al de la presentación de la acción de tutela (14 de diciembre de 2018), es procedente aplicar la carencia actual de objeto por hecho superado.

En cuanto a la solicitud presentada por la Entidad Prestadora de Salud accionada en las presentes diligencias, sobre que la autorización por el presente medio para realizar el recobro de los servicios prestados que no se encuentren incluidos en el POS, es preciso indicar que, lo requerido hace referencia a un trámite administrativo, independiente al práctico, relacionado con la prestación del servicio de salud, que como ya se indicó en líneas precedentes no necesita de sentencia judicial que así lo disponga y no debe, su omisión, interferir en la prestación del servicio que brinda la EPS, el cual debe ser prestado siempre de forma continua y efectiva.

En consecuencia, descartadas las circunstancias que dieron origen a la vulneración del derecho fundamental de salud del accionante, la posibilidad de amenaza o daño al derecho desapareció, de ahí que la protección que se necesitaba fue superada²⁵ y por ende no es necesario que se emita orden en tal sentido, pues lo que corresponde es **DECLARAR** la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, frente a la solicitud de amparo instaurada por el menor **J.C.B.C.** a través de su progenitora y tutora **L.P.C.A.**, en los términos expuestos en esta sentencia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral Transitorio del Circuito Judicial de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, frente a la solicitud de amparo instaurada por el menor JUAN CAMILO BONILLA CAMACHO a través de su progenitora y tutora LIZETH PAOLA CAMACHO ALFONSO, en los términos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: Exhortar al Gerente Regional Zona Oriente de la EPS FAMISANAR S.A. para que en lo sucesivo garantice la entrega de los demás elementos, suministros, medicamentos, tratamientos y procedimientos que sean prescritos por los médicos tratantes al menor **J.C.B.C.** para afrontar el problema de salud que lo aqueja, aun cuando los mismos no se encuentren incluidos en el POS.

TERCERO: ADVERTIR a la EPS FAMISANAR para que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que dieron origen a la acción de tutela de la referencia.

CUARTO: Notificar esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ

²⁵ Sentencias T-998/02, T-096 de 2006 Corte Constitucional, entre otras.

