

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de acción de Tutela
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00285-01
Demandante	Adriana Margarita Torres Campo
Demandado	Clínica General de Caribe y Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2017, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, amparó los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la menor Adriana Margarita Torres Campo.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA (FLS. 1-10)

- Pretensiones

La señora Marybel Campo Herrera, en nombre de su hija Adriana Margarita Torres Campo, menor de edad, solicitó que se amparen los derechos de ésta a la salud y vida digna, presuntamente vulnerados por la EPS- Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y, como consecuencia, se ordene al Fondo que expida la orden de servicios para que el doctor Enrique Vergara Amador realice la cirugía de mano que requiere para su recuperación, la cual debe llevarse a cabo el 02 de diciembre de 2017".

- Hechos.

La demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El 15 de enero de 2017 Adriana Margarita Torres, quien tiene 16 años de edad, sufrió un accidente de tránsito en el que sufrió politraumatismo, trauma





craneoencefálico-escalpe, trauma cerrado de abdomen y de tórax, fracturas en humero derecho, cúbito y radio izquierdo, lesión completa de plexo branquial izquierdo, entre otros, siendo atendida de urgencia por la Clínica General de Caribe S.A.

Sostuvo que la prestación de los servicios de salud se encuentra a cargo de la EPS- Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, quien suscribió un contrato a favor de los pensionados y beneficiarios de la empresa, con la Organización Clínica General del Norte para la prestación integral del servicio de salud.

Inicialmente le fueron prestados a la menor todos los servicios médicos requeridos para una pronta y estable recuperación, y el 24 de abril de 2017 el doctor Cristóbal Massa Acosta, Ortopeda y Traumatólogo, ordenó cirugía de la mano por la fractura de la diáfisis del humero. No obstante, el Fondo manifestó que no tenía especialista para tratar la cirugía.

Interpuso una queja ante la Superintendencia de Salud, por la negligencia de la EPS, al no disponer del personal requerido para la realización de la referida intervención, así como las demoras en citas con especialistas.

El 25 de septiembre de 2017 el Neurólogo, Doctor Guillermo Jiménez Duran, manifestó de manera verbal y así mismo plasma en la historia clínica, que debido al accidente *"se presenta alteración en la movilidad del brazo izquierdo, con pronóstico malo y considera no tener posibilidad de mejorar con ELM TTO QX, por el tipo de lesión y la cronicidad de la patología"*.

En búsqueda de una segunda opinión, el 28 de octubre de 2017 acudió al médico particular -Enrique Vergara Amador- quien manifestó que su hija debía operarse en un mes porque podía disminuir las posibilidades de recuperación, cotizó del procedimiento y fijó el día 2 de diciembre de 2017 como fecha para su realización.

Remitió a la EPS copia de la orden de cirugía, la cotización de la misma y la historia clínica de la menor Adriana Torres, y solicitó por segunda vez la realización de la cirugía, petición que fue negada porque la orden de cirugía no fue emitida por los médicos adscritos al Fondo o a la Clínica.

Manifestó que no cuenta con los recursos necesarios para costear la cirugía que requiere su hija para recuperar la movilidad del brazo izquierdo, pues vive de la venta de unos dulces en frente de su domicilio y, además, su otra hija, mayor de edad, también resultó afectada en el accidente y ambas están bajo su cuidado.



Sostiene que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para evitar un perjuicio irremediable, ya que su hija podría perder la movilidad de su brazo.

-Contestación

- **La Organización Clínica General del Norte (fls.54-62)**, señaló que no ha vulnerado ningún derecho fundamental o legal a la joven Adriana Margarita Torres Campo ni a su grupo familiar, y que siempre le ha brindado la atención requerida para el manejo de la patología que padece, con apego a lo estipulado en el contrato.

Expresó que la paciente tenía programada una valoración para el día 18 de diciembre de 2017, con el especialista Ortopeda de Mano el Dr. Carlos Morales en la ciudad de Barranquilla.

El Dr. Enrique Vergara Amador, médico al cual acudió la paciente y prescribió la cirugía que reclama la tutelante, no está adscrito a su red de servicios.

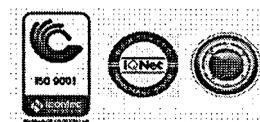
La Clínica es una Institución Prestadora del Servicio de la Salud -I.P.S.-, y tiene funciones y obligaciones en el sistema general social en salud diferentes a las de una EPS, y cuenta con una red de servicios médicos muy amplia que ofreció a los pensionados de Ferrocarriles Nacionales de Colombia; por tanto, no está obligada a prestar servicios de manera particular, como solicita la accionante.

Reitera que está en la capacidad de garantizar la atención a la paciente por medio de las instituciones adscritas a dicha red y que el dictamen del médico particular debe ser homologado por sus especialistas para establecer las condiciones de la paciente y el procedimiento quirúrgico adecuado.

Citó la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional que señaló que *"el paciente está obligado a informarle a la EPS y/o EPS, en forma oportuna, el diagnóstico y las órdenes del médico particular y entregar todos los estudios y soportes y en especial, permitir que los médicos de la EPS valoren al paciente y revisar los estudios practicados fuera de su red, ya que es la única forma en que se puede confirmar el diagnóstico del médico particular o **controvertirlo mediante junta médica multidisciplinaria**".*

La accionante fue sometida a valoraciones por parte de médicos particulares sin el conocimiento de la accionada y tampoco manifestó ningún tipo de inconformidad de la atención recibida, con el objetivo de que su hija fuera atendida por médicos no adscritos a su red.

En materia de seguridad social los jubilados de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, poseen una regulación diferente a la establecida en la Ley 100 de





1993 y para tales fines se creó el mencionado Fondo, el cual, a través de su Consejo Directivo, elabora los términos de los diferentes contratos que suscribe; es decir, es el mismo Fondo quien establece las condiciones bajo las cuales se prestarán los servicios a sus pensionados.

Por lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela y en el evento de acceder a la solicitud de la demandante, se le ordene al Fondo que expida las órdenes de servicio que se requieran, "en atención al vínculo de afiliación directo con los pensionados de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se le conceda a la clínica la facultad de recobrar al Fondo, el valor total de los servicios que se le suministren a la usuaria, en cumplimiento del ordenamiento judicial.

El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia manifestó que la menor Adriana Torres está afiliada al Fondo en calidad de beneficiaria, y se le han prestado los servicios de salud a través de la IPS Clínica General del Norte, quien contractualmente está obligada a cubrir todos los niveles de atención que requieran sus usuarios, de acuerdo con lo prescrito por sus médicos tratantes.

En aras de proteger los derechos fundamentales de la menor, solicitó al médico auditor una auditoria a la IPS Clínica General del Norte, quien informó, mediante comunicado No. DCA-20173470003413 que la "...señorita Adriana Margarita Torres Campo (...) en su historia clínica se registra que fue valorada con fecha 2017-09-25 por el Dr. Guillermo Jiménez Duran Neurocirujano de la red de servicios, quien realiza Dr. de traumatismo de plexo braquial y que de acuerdo a los hallazgos descritos (...) considera que el pronóstico es malo y que no tiene posibilidad de mejorar con el tratamiento quirúrgico, por el tipo de lesión y por la cronicidad de la patología".

Expresa que requirió, en varias oportunidades, a la representante legal de la Clínica para que diera estricto e inmediato cumplimiento a la medida provisional ordenada.

III.- FALLO IMPUGNADO (Fls. 77-80).

El A-quo, mediante sentencia de 12 de octubre de 2017 concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Para sustentar su decisión manifestó que las entidades demandadas no desvirtuaron el dictamen médico emitido por el doctor Enrique Vergara Amador, en el que prescribe el procedimiento quirúrgico más adecuado para la paciente y, por ello, es su deber practicar la cirugía requerida.

99



Apoyó su decisión en sentencias de la Corte Constitucional, que señala que los conceptos emitidos por un galeno externo a la entidad prestadora del servicio de salud, no puede ser desconocido totalmente, y la entidad demandada debe controvertir dicho concepto con fundamentos técnicos y científicos, pues en caso contrario, prevalecerá el dictamen del médico externo.

IV.- IMPUGNACIÓN (FLS. 83-86)

El Representante del Programa Clínica General del Norte – FONCOLPUERTOS - FERROCARRILES, impugnó la sentencia de primera instancia, afirmando que la orden dada por el Juez, establece la prestación de servicios *"de una manera diferente a la estipulada en los pliegos de condiciones"*.

Manifestó que a la paciente se le ha suministrado una atención acorde a las patologías presentadas; que tenía una valoración programada para el día 18 de diciembre de 2017, con el especialista Órtopeda de Mano el Dr. Carlos Morales en la ciudad de Barranquilla, y que no ha existido negativa por parte de la Clínica de suministrar el tratamiento que la paciente requiere.

Expresó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el paciente está obligado a informarle a la EPS y/o IPS, de manera oportuna, el diagnóstico, los estudios, los soportes y las órdenes del médico particular, para confirmar o controvertir el dictamen, mediante junta médica multidisciplinaria.

Solicita que en caso de conceder las pretensiones de la accionante, se ordene que sea el Fondo, quien asuma el valor de los servicios o en su defecto, se conceda a la Clínica, la facultad de recobrar los valores de los servicios que se le suministren a la paciente en el cumplimiento de la orden judicial que emita el Despacho.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales, por lo cual procede la Sala a decirla de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES

Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991,





es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la CLINICA GENERAL DE CARIBE y EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y vida digna, invocados por la señora Maribel Campo Herrera en representación de su hija menor de edad Adriana Margarita Torres Campo, al negarse a realizar el procedimiento quirúrgico prescrito por el Dr. Enrique Vergara Amador, por no estar adscrito a su red de servicios.

Tesis de la sala

La Sala revocará la sentencia apelada, teniendo en cuenta que este Despacho se comunicó con la accionante quien manifestó que ante la demora de las acciones de practicarle la cirugía a su hija y ante la inminencia de un perjuicio irremediable, procedió a practicarle a su costas la cirugía requerida.

VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

-Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2014 de la siguiente manera:

Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.



Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia.

Procedencia de la acción de tutela

De acuerdo al artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política" la acción de tutela procede en los siguientes casos:

"(...) La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito (...)"

- Derecho a la salud

La Resolución 006408 del 26 de diciembre de 2016, por medio de la cual se modifica el plan de Beneficios de Salud con Cargo a la UPC, establece que las EPS están obligadas a prestar servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios respetando los principios de integridad, complementariedad, transparencia, corresponsabilidad, calidad, universalidad, entre otros.

Además, señaló en su artículo 39 que al paciente se le debe suministrar cualquier de los medicamentos de marca o genéricos autorizados por el INVIMA que cumplan las condiciones descritas en esta resolución y siempre que hayan sido ordenadas por el médico tratante.

En la sentencia de T-737 de 2013 la Corte Constitucional señaló sobre el derecho a la salud lo siguiente:

"El derecho a la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo. Según el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación -derecho constitucional y servicio público-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Se observa una clara concepción en la jurisprudencia de esta Corte acerca del carácter de derecho fundamental de la salud que envuelve un contenido prestacional. Partiendo de este presupuesto, le corresponde al Estado como principal tutor dotarse de los instrumentos necesarios para garantizar a los ciudadanos la prestación de la salud en condiciones que lleven consigo la dignidad humana, por lo que ante el abandono del Estado, de las instituciones administrativa y políticas y siendo



latente la amenaza de transgresión, el juez de tutela debe hacer efectiva su protección mediante este mecanismo, sin excepción. El derecho a la salud es un derecho fundamental y tutelable, que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos, siendo la acción de tutela el medio judicial más idóneo para defenderlo, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional."

La salud es un derecho fundamental de los individuos y un deber del Estado, y constituye una expresión de bienestar para el ser humano sin el cual se imposibilita el goce de otros derechos de rango constitucional como la vida digna.

Sobre la prestación del servicio de salud, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T 612 – 2014 manifestando que debe ser:

- **Oportuna:** indica que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que permita que se brinde el tratamiento adecuado.

- **Eficiente:** implica que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.

- **De calidad:** esto quiere decir que los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de los pacientes.

- Principio de integralidad en la prestación del servicio de salud.

El artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 establece lo siguiente acerca de la integralidad en la prestación del servicio de salud:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada."

La Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-243 de 2016 manifestó lo siguiente sobre el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud:

"La dilación o la imposición de barreras injustificadas en la entrega de los medicamentos a los que tiene derecho el paciente implica que el tratamiento ordenado no se inicie de manera oportuna o se suspenda, por lo que se puede generar una afectación irreparable en su condición y un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad. En consecuencia, con estas situaciones se produciría la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario.



Por tal razón, el suministro tardío o inoportuno de medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud."

- **Los servicios de salud deben prestarse con calidad, eficacia y oportunidad.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado también que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.

La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud (Ley 1122 de 2007, artículo 14), entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido consignada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003, en la cual se indicó:

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."

En suma, en los casos en los cuales la vida en condiciones dignas y la salud puedan verse comprometidas debido a la interrupción de los servicios médicos, ya sea por la no realización de un procedimiento, diagnósticos dilatados en el tiempo o a la falta de entrega de medicamentos por razones económicas o administrativas, los usuarios demandantes en acción de tutela deberán ser protegidos por los jueces constitucionales, para dar así cumplimiento a las normas previstas en la Carta Superior.¹

¹ Sentencia T-246/05. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández



El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo"

La Corte Constitucional sostuvo en la sentencia T- 036 de 2017 que en lo que respecta al diagnóstico del médico tratante adscrito a la EPS, la Corte ha determinado que no es absoluto, en tanto el concepto de un médico externo puede llegar a ser vinculante, entre otros casos, cuando la EPS conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

En otra sentencia señaló que:

"(...) En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como 'médico tratante', incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como 'médico tratante', así no éste adscrito a su red de servicios".

Carencia de objeto por hecho superado



En la sentencia T-059 de 2016, la Corte Constitucional manifestó que el hecho superado tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional. En este supuesto, no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, salvo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, ya sea para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera.

Igualmente estableció los criterios para establecer cuando se configura un hecho superado por carencia actual de objeto, así:

- "1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.*
- 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.*
- 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado."*

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

- Copia de historia clínica de Adriana Torres Campo emitida por la Clínica General del Caribe en el que constan las afectaciones causadas por el accidente de tránsito. (Fls. 14-33).
- Copia cotización y programación de la cirugía de mano suscrita por el médico particular Enrique Vergara Amador, en el que manifiesta la urgencia del procedimiento quirúrgico adecuado para la paciente (Fls.37-38).
- Copia de la petición suscrita por la accionante el 02 de noviembre de 2017, por medio del cual solicitó al Fondo la realización de la cirugía prescrita por el medico particular (Fl. 41).
- Copia de oficio suscrito el 21 de noviembre de 2017 por la Clínica General del Norte, en el que niega el procedimiento quirúrgico prescrito a la paciente por parte del médico externo a la IPS, y en el mismo no se hace referencia a ningún concepto científico o técnico que desvirtúe el dictamen externo (Fl.39-40).





- Copia de oficio de respuesta a la Tutela por parte del Fondo, suscrita por el Subdirector de Prestaciones Sociales (E), en la que explica las condiciones contractuales entre ésta entidad y la Clínica General Del Norte y además, informa que ha solicitado a la Clínica del Norte que dé cumplimiento a la orden impartida en la medida cautelar (Fls. 68-72).

IX.- CASO CONCRETO

En el caso sub-examine está probado que la menor accionante tiene la condición de beneficiaria de los servicios de salud a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que habiendo sufrido un accidente de tránsito, recibió atención por parte de la Clínica General del Norte, contratista de dicho Fondo.

También está acreditado que el 24 de abril de 2017 el doctor Cristóbal Massa Acosta, Ortopeda y Traumatólogo vinculado a la Clínica General del Norte, ordenó cirugía de la mano por la fractura de la diáfisis del humero, pero el Fondo manifestó que no tenía especialista para tratar la cirugía; pero el 25 de septiembre de 2017 el Neurólogo, Doctor Guillermo Jiménez Duran manifestó en la historia clínica, que debido al accidente "se presenta alteración en la movilidad del brazo izquierdo, con pronóstico malo y considera no tener posibilidad de mejorar con ELM TTO QX, por el tipo de lesión y la cronicidad de la patología".

En búsqueda de una segunda opinión, el 28 de octubre de 2017 la paciente fue atendida por médico particular -Enrique Vergara Amador- quien manifestó que su hija debía operarse en un mes porque podía disminuir las posibilidades de recuperación, cotizó del procedimiento y fijó el día 2 de diciembre de 2017 como fecha para su realización.

Cuando la madre de la paciente remitió a la EPS copia de la orden de cirugía, la cotización de la misma y la historia clínica de la menor Adriana Torres, y solicitó por segunda vez la realización de la cirugía, su solicitud fue negada porque la orden de cirugía no fue emitida por los médicos adscritos al Fondo o a la Clínica.

A juicio de la Sala, la conducta anterior contraría los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual, los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, incluidos los afiliados a entidades sometidas a regímenes especiales como es el caso del Fondo accionado, que no se rige por ley 100/93, tienen derecho a que los servicios ordenados por médicos externos, sean atendidos por las entidades aseguradoras, a menos que los profesionales vinculados a la entidad, desvirtúen la prescripción del médico externo.



En el presente caso el Fondo accionado no desvirtuó la orden impartida por el médico externo y además, aceptó en el curso de la tutela la orden impartida en la medida cautelar de 28 de noviembre de 2017, de practicar la cirugía a la menor, impartiendo para el efecto autorización a la Clínica, como consta en el oficio SPS-20173000206451 de 30 de noviembre de 2017, obrante a folio 72.

Así las cosas, es claro que la demandante tenía derecho a que se le practicara la cirugía prescrita por el médico externo, con cargo al Fondo.

No obstante, la cirugía no se practicó por parte de la Clínica contratada por el Fondo, sino por el médico externo, lo cual ocurrió el día 2 de diciembre de 2017, como lo informó la madre de la paciente (ver informe suscrito por la Auxiliar Judicial del Despacho 04 de este Tribunal), obrante a folio 96.

Quiere decir lo anterior que la situación que dio lugar a la acción de tutela desapareció y carece de objeto entonces declarar la violación de los derechos reclamados o impartir orden alguna, por lo que habrá de declararse la carencia actual de objeto por hecho superado.

No obstante, para la Sala es claro que habiéndose impartido una orden por vía de medida cautelar, era obligación de las accionadas proceder a la operación de la menor, pero ello no ocurrió.

Queda entonces en discusión si la accionante tiene o no derecho al reembolso de los gastos en que incurrió por vía de tutela, tema sobre el cual la Corte Constitucional señaló:

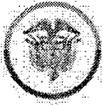
"...Sin embargo, esta Corporación ha reconocido que hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, de manera excepcional y éste puede aplicar las reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental al mínimo vital[10].

Según la jurisprudencia constitucional, la tutela procede para obtener el reembolso de dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, además, en los siguientes casos[11]:

- (i) Cuando los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos.*
- (ii) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal*

Al respecto es necesario reiterar que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. Bajo este entendido, su negación implica la vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección.





(iii) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación.

En principio, para que proceda la autorización de un servicio de salud es necesario que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, excepcionalmente, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aun cuando aquel haya sido ordenado por un médico particular, cuando el concepto de este último no es controvertido por la EPS con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera.

En el presente caso la Sala considera que no procede ordenar por vía de tutela el reembolso; en primer lugar porque la pretensión de contenido meramente económico, y como lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, no es la acción de tutela el medio idóneo para dirimir conflictos relacionados con ese asunto, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, sino la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 1438/11.

Además, la menor accionante no tiene comprometido su mínimo vital, pues fue satisfecha la necesidad de la operación reclamada a las accionadas, y en el expediente no obra prueba de que la decisión de operar a la menor por parte de médicos externos a la entidad obligada al aseguramiento de su salud, haya sido provocada por la negativa o negligencia de dicha entidad o de la Clínica contratista - pues en el curso de la acción la primera solicitó a la segunda dar cumplimiento a lo ordenado, y la segunda solicitó que se le remunerara en caso de efectuar dicha operación.²

En conclusión, la Sala declarará configurada la carencia actual de objeto por hecho superado, sin perjuicio de lo cual se exhortará a las accionadas que en lo sucesivo tramiten con celeridad y de conformidad con la ley, las órdenes de servicios impartidas por médicos externos a los que acudan sus afiliados y beneficiarios.

Por lo anterior, éste Despacho revocará el fallo impugnado, y declarará la carencia actual de objeto por hecho superado.

DECISIÓN

² Ver sentencia T-513/17; y en el mismo sentido la T-925 de 2014, T-925 de 2014, y T-148 de 2016, entre otras.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

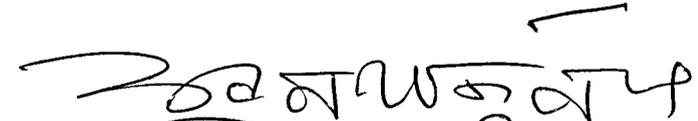
X.- FALLA

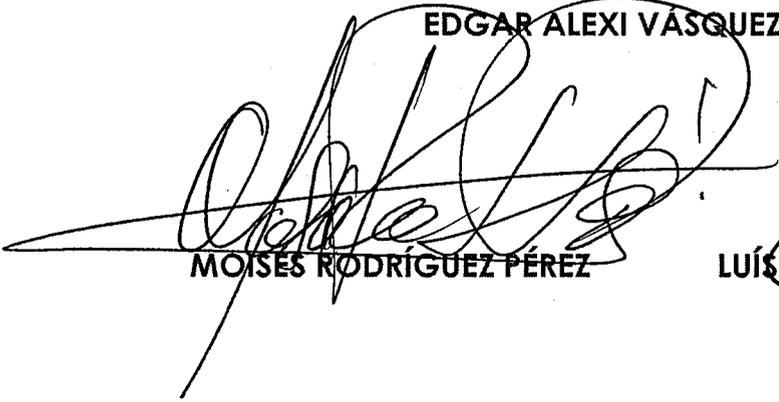
PRIMERO. Revocar la sentencia impugnada, y en su lugar, se declara carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO: Se exhorta a las accionadas para que, en lo sucesivo, tramiten con celeridad y de conformidad con la ley, las órdenes de servicios impartidas por médicos externos a los que acudan sus afiliados y beneficiarios.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ