Fls. 10-24

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 36 /2017
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA 2 CDNO

Cartagena de Indias D.T. y C., Junio veintiuno (21) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	**IMPUGNACIÓN DE TUTELA**
Radicado	**13-001-33-33-012-2017-00090-01**
Demandante	**PERSONERA DELEGADA EN DERECHOS HUMANOS DE CARTAGENA EN REPRESENTACIÓN DE JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ**
Demandado	**CLÍNICA GENERAL DEL NORTE – FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**
Magistrado	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	Procedencia excepcional de la acción de tutela sobre debates generados a raíz de Planes de Atención Complementaria - Vulneración de los derechos a la salud y vida digna por no suministro de insumos contemplados y/o no excluidos en Plan de Atención Complementaria ordenados por médico tratante – Inaplicabilidad por parte de la E.P.S. de régimen pos y no pos con la entrada en vigencia de la ley 1751 de 2015 - suministro de pañales desechables.

I.- OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la IMPUGNACIÓN DE TUTELA[1] presentada por la parte accionada, contra la sentencia del ocho (08) de mayo de 2017[2], proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena,en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y dignidad humana, del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora CARMEN LUCÍA AGAMEZ SALTARÍN[3], identificada con la C.C. No. 30.770.117 de Turbaco (Bolívar), Personera Delegada en Derechos Humanos de Cartagena, en calidad de agente oficiosa del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, identificado con la C.C. 9.050.623 de Turbaco (Bolívar).

---

[1]Fls. 76-92cdno 1
[2]Fls. 68-74cdno 1
[3]Fls. 1-15 cdno 1

III.- ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, y fue vinculado el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

IV.- ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones

CARMEN LUCÍA AGAMEZ SALTARÍN, solicita se le protejan al señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, y vida digna; en consecuencia, se ordene a la entidad accionada que autorice y entregue al accionante 1) Crema antipañalitis y/o Fituestimuline crema No. 1, 2) Pañales desechables No. 90 3 veces al día, 3) Glucerna tarro 1 frasco 3 veces al día, 4) Cama Hospitalaria, con colchón anti escara para uso diario; que ordenaron el médico tratante en la Clínica General del Norte, Dra. Judith R. De La Hoz R.; y la médico tratante de Coomeva Emergencia Médica. Dra. Marilyn Sofía Gómez M., médico cirujano.

4.2. Hechos[4]

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos, que se compendian así:

> *"**PRIMERO:** A esta entidad se hizo presente la señora MODESTA VIDES DE DÍAZ, quien fuera la esposa del Señor JAIME DÍAZ ÁLVAREZ, alude que es pensionado de la empresa ferrocarriles y que es la Clínica General del Norte a quien le corresponde la prestación de sus servicios.*
>
> ***SEGUNDO:** Comenta la señora que su esposo padece de un Dx de DIABETES con enfermedad de ALZHEIMER; NO CONTROLA ESFÍNTERES; Y DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA, por lo que se ordenó GLUCERNA LATA DE 237 ML (tomar 2 latas al día por 3 meses).*
>
> ***TERCERO:** Que a través de derecho de petición solicite a la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, le ordenara por término indefinido y hasta que lo requiere 120 pañales desechables MENSUALES MARCA TENA SLIP TALLA M; así mismo cama hospitalario con colchón antiescara, Lo anterior fue prescrito por médico general Dra. MARILYN GOMEZ y SHEYLA MORALES DONADO médico general que coincidieron con el criterio que su salud está deteriorado y que requiere la cama por las escaras que tiene.*

[4]Fl. 2 cdno 1

CUARTO: *Que ambas le ordenaron CREMA ANTIPAÑALITIS, PAÑALES DESECHABLES, GLUCERNA TARRO, COLCHÓN ATIESCARA (sic).*

QUINTO: *Que en la actualidad, no cuento con recursos, ya que solo viven de la pensión del enfermo y que ella no labora puesto que ha sufrido dos episodios de isquemia cerebral.*

SEXTO: *Que no encontraba otra manera, ni vía para que autoricen lo descrito, teniendo en cuenta que los médicos de la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, aducen que no pueden prescribirlo por no estar incluidos en el pos, vulnerando la CARTA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS AFILIADOS Y DEL PACIENTE Y DESEMPEÑO".*

4.3. Contestación Del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia[5]

Humberto Malaver Pinzón, en su calidad de Subdirector de Prestaciones Sociales (e), del Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, rindió informe en los siguientes términos:

"1. Es cierto que el señor ***JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ****, identificado con la C.C. 9.050.623, se encuentra afiliado al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en calidad de* ***PENSIONADO POR JUBILACIÓN*** *de la extinta* ***PUERTOS DE COLOMBIA*** *desde el 01/11/1998.*

2. El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una Entidad ADAPTADA a efectos de la prestación de servicios de salud, quien actúa dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 inciso 3 de la ley 100 de 1993, y de lo regulado para ellas en el Decreto 1890 de 1995 capítulo II; y presta sus servicios de salud a los pensionados de la extintas (sic) Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su grupo familiar, que hayan decidido permanecer afiliados a esta entidad; es además, un Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al del Ministerio de Salud y la Protección Social.

3. Por lo anterior para la prestación de los servicios de salud, debemos manifestar que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, contrató a la ***IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE****, para que preste el servicio de salud de manera directa a todos los usuarios de las extintas Puertos de Colombia y Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entre ellos al señor* ***JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ****, identificado con la C.C. 9.050.623; así las cosas, la* ***IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE****, es la también responsable directa de la atención médica integral que requieran nuestros usuarios, suministrándoles todos los medicamentos, exámenes, citas con todos los especialistas, procedimientos médicos y demás insumos que le prescriban los médicos tratantes con ocasión de la patología.*

(...)

[5]Fls. 35 – 37cdno 1

5. En lo que respecta a esta entidad nos permitimos hacer las siguientes consideraciones:

- ***CREMA ANTI ESCARAS:*** *Si es ordenada por el médico tratante, la IPSCosmitet (sic) debe autorizar el traslado.*
- ***PAÑALES TENA SLIP TALLA L 5 AL DÍA 150 AL MES:*** *Son una exclusión según el anexo No. 4 PLAN DE BENEFICIOS P.O.S. Y P.A.C. PARA LOS USUARIOS DEL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA son una exclusión de los Términos de Referencia según el numeral* ***4.24 Exclusiones: 4.24.1. Plan de atención Convencional Ferrocarriles y Puertos 4.24.2. Plan Obligatorio de Salud Ferrocarriles y Puertos.*** *Si son formulados por el médico tratante se debe realizar el procedimiento establecido en los términos de referencia para la entrega.*
- ***CAMA HOSPITALARIA CON COLCHÓN ANTI ESCARAS:*** *Es una exclusión de los términos de referencia que rige la contratación.*

(...)

7. Consecuente con el numeral anterior, se puede evidenciar que en lo que respecta al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia No se ha incurrido en vulneración de derechos fundamentales, respecto a los insumos y demás elementos solicitados por la accionante; toda vez, que los elementos solicitados, NO se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios POS y PAC, para los usuarios del Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, así mismo, los elementos que son formulados por el profesional de la salud adscrito a nuestra red deben ser entregados por la IPS contratada, aclarando que aquellas que están por fuera de los términos de referencia, no hace parte integral del tratamiento y no pone en riesgo la vida del usuario, según el Manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – RESOLUCIÓN No. 5261 de Agosto 05 de 1994 del Ministerio de Salud.

PETICIÓN

1. Solicito con el mayor comedimiento denegar por improcedente y archivar la presente acción de tutela, pues en lo que respecta al ***FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA****, no hemos vulnerado derechos fundamentales de la accionante, toda vez que los elementos solicitados, según el* ***anexo No. 4 PLAN DE BENEFICIOS P.O.S. Y P.A.C. PARA LOS USUARIOS DEL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA son una exclusión de los Términos de Referencia según el numeral 4.24.1. Plan de Atención Convencional Ferrocarriles y puertos 4.24.2. Plan Obligatorio de Salud Ferrocarriles y Puertos.***

2. Con el mismo comedimiento solicito muy respetuosamente ***VINCULAR u ORDENAR*** *la decisión pertinente en contra de la* ***IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE****, en caso de incumplimiento en la entrega de los elementos solicitados, toda vez que es la entidad contratada por esta adoptada (sic) para que preste los servicios de salud de manera integral y es quien materializa la entrega de los elementos solicitados, quien podrá ser notificada en la* ***Carrera 48, No. 70-38, en la ciudad de Barranquilla.*** *Representante Legal Por el (sic)* ***Dra. LIGIA CURE RÍOS****".*

4.4. Contestación de la Organización Clínica General del Norte[6]

Roberto Hernández Quintero, en su calidad de Director Médico del programa Clínica del Norte – Foncolpuertos – Ferrocarriles, el cual es en desarrollo del contrato entre Organización Clínica General del Norte y el Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante el cual se suministran Servicios Médico Hospitalarios Integrales; rindió el informe de rigor manifestando:

> *"1) Me permito manifestar muy respetuosamente a su señoría que la Organización Clínica General del Norte, jamás y nunca han vulnerado ningún derecho fundamental o legal al señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ ni a su grupo familiar y por el contrario siempre le ha brindado la atención requerida para el manejo de la patología que padece, con apego a lo estipulado en el contrato y los pliegos de condiciones.*
>
> *2) Señoría de la manera más humilde me permito manifestarle que mi representada le viene suministrando al señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, los servicios médicos que requiere y seguiremos en total disposición de hacerlo a través de nuestros médicos y profesionales.*
> *(...)*
>
> *4) Señor Juez, que una vez recibimos la acción de tutela revisamos la historia clínica del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ y se pudo evidenciar que los elementos que solicita el accionante corresponden a (CREMA ANTI-PAÑALITIS Y/O FITOESTIMULINE CREMA #1, PAÑALES DESECHABLES #90 3 VECES AL DÍA, GLUCERNA TARRO 1 FRASCO 3 VECES AL DÍA, CAMA HOSPITALARIA CON COLCHÓN ANTIESCARA) en **primera instancia** estos servicios no han sido ordenados por los médicos tratantes, ya que en los registros de la historia clínica no se evidencia prescripción alguna.*
>
> *5) Su eminencia, **en segunda instancia** La obligación de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, es la de suministrar exclusivamente los servicios que son OBJETO DEL PRECITADO CONTRATO en las condiciones que figuran expresamente relacionados en los términos de referencia que antecedió el contrato en el acuerdo contractual mismo, y por ningún motivo ni bajo ninguna circunstancia, SE NOS PUEDE EXIGIR NI OBLIGAR A PRESTAR UN SERVICIO QUE NO ES OBJETO DEL CONTRATO O EN UNA FORMA DIFERENTE A LA ESTIPULADA EN EL MISMO; DEL CONTRATO SE DERIVA DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA QUE COMO CONTRATISTA DEBO CUMPLIR Y EN EL CUAL SE ENCUENTRAN ESTABLECIDAS EN LAS EXCLUSIONES DEL PLAN DE ATENCIÓN, y las pretensiones que hoy nos hace el tutelante, constituyen exclusiones del contrato de capitación que hoy tiene mi representada, todo lo anterior es dado a que mi representada se encuentra regida por los términos de referencia para la contratación de los servicios de salud.*
>
> *(...)*
>
> *7) Los registros de historia Clínica demuestran además que el paciente recibe atención en su lugar de domicilio por parte del equipo del plan de atención domiciliaria, conformado*

[6]Fls. 39 – 51 cdno 1

por médico general, fisioterapista y enfermería y se encarga además de instruir a los familiares y entrenarlos, para el manejo básico y adecuado de la paciente.

8) Reiteramos señoría que el paciente es atendido en la actualidad en su lugar de domicilio a través del PAD y es por ello que la visita un médico general, la fisioterapeuta y recibe el servicio de enfermería para su control y permanente monitorización, por lo que el paciente permanece atendido y vigilado por nuestra entidad sin que se niegue ningún tipo de los tratamientos que le son prescritos por el médico tratante.

Así mismo me permito aportar los registros de historia clínica del paciente, en los que se refleja la atención que se le suministra a través del Plan de Atención domiciliaria (sic), lo cual demuestra que el paciente es atendido por nuestro médico idóneo.

9) Que nuestra obligación es suministrar los servicios médicos que requieran los pacientes siempre y cuando se deriven del direccionamiento de sus médicos tratantes, que a la fecha de hoy nuestra institución brinda al paciente la totalidad de los tratamientos médicos y farmacológicos que le han sido ordenados con diligencia, pertinencia y oportunidad, prueba de ello se están adelantando las diligencias necesarias para la realización de una valoración al paciente en su domicilio con el fin de conocer el estado actual del paciente y establecer los medicamentos, servicios y tratamientos que requiere para el manejo adecuado de su patología, todo lo anterior con fundamento en jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional.

(...)

10) Con respecto a las peticiones de elementos como CREMA ANTI-PAÑALITIS Y/O FITUESTIMULINE CREMA #1, PAÑALES DESECHABLES #90 3 VECES AL DÍA, GLUCERNA TARRO 1 FRASCO 3 VECES AL DÍA, CAMA HOSPITALARIA CON COLCHÓN ANTIESCARA, son insumos que no podemos autorizar en razón legal ya que se trata de elementos que no han sido prescritos por parte de los médicos tratantes del paciente adscritos a nuestra red de servicios y que además son productos que se encuentran excluidos del contrato y los términos de referencia que regulan los servicios de salud de los pensionados de la extinta empresa de Puertos de Colombia, y que estos pueden ser suministrados por los familiares.

(...)

PETICIÓN

Solicito al señor juez se declare la improcedencia de la acción de tutela con respecto de mi representada en razón de que no hemos vulnerado ningún derecho fundamental al paciente JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, y por el contrario hemos puesto a su disposición todo el recurso humano, técnico y científico con el que contamos para el manejo adecuado de su patología.
Que se deniegue la solicitud de la accionante de que se suministrar CREMA ANTI-PAÑILITIS Y/O FITUESTIMULINE CREMA #1, PAÑALES DESECHABLES #90 3 VECES AL DÍA, GLUCERNA TARRO 1 FRASCO 3 VECES AL DÍA, CAMA HOSPITALARIA CON COLCHÓN ANTIESCARA, por ser una clara exclusión del contrato entre mi representada y el FONDO DEL PASIVO SOCIAL

DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y por no haber sido prescrito por parte de los médicos tratantes del paciente.

Que en el evento de que su señoría considere que al paciente se el deben suministrar los servicios solicitados en la acción de tutela, se conmine al Fondo pasivo Social de los Ferrocarriles nacionales de Colombia, quien expida las ordenes de servicios necesarias para su suministro si se tiene en cuenta que se trata de elementos que se encuentran excluidos del contrato y los términos de referencia.

(...)

V.- FALLO IMPUGNADO[7]

El Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 08 de mayo de 2017, resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la tutela, accediendo al amparo de los derechos fundamentales del accionante a la salud, seguridad social y dignidad humana, violados por la Organización Clínica General del Norte y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia; en consecuencia, ordenó a las accionadas que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la decisión tomada, en atención al principio de integralidad de la atención en salud:

"1. AUTORICEN EL SUMINISTRO de GLUCERNA LATA DE 237 ML (2 LATAS AL DÍA POR 3 MESES), los que deberá entregar sin dilación alguna al señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, en la cantidad y por el tiempo que lo prescriba su médico tratante.

2. AUTORICE Y PROGRAME UNA VALORACIÓN MÉDICA tendiente a establecer con precisión la cantidad y el tipo de pañales desechables para la atención en salud del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ. Cumplido lo anterior, deberá autorizar sin dilación alguna el suministro de pañales desechables en las cantidades y por el tiempo que prescriba el médico tratante.

3. HAGAN una valoración de la necesidad de la crema antipañalitis y la cama con colchón antiescaras. Estos elementos solo podrán ser negados si se evidencia que, para las circunstancias actuales de salud del paciente, los pedimentos resultan abiertamente innecesarios para mantener o mejorar su condición de salud.

4. SUMINISTREN los tratamientos, medicamentos, practicas de rehabilitación, exámenes de diagnostico y seguimiento de los tratamientos o procedimientos iniciados, así como cualquier otro componente que los médicos valoren como necesarios para el restablecimiento de la salud del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, toda vez que son las entidades encargadas de ello, para lo cual no podrán colocar trabas administrativas.

[7] Fls. 68 – 74 cdno 1

VI.- IMPUGNACIÓN

6.1. Organización Clínica General del Norte[8]

Esta entidad impugnó el fallo, simplemente reiterando lo consignado en la contestación de la presente tutela, solicitando la revocatoria del fallo judicial, y se declare que la Organización Clínica General del Norte no ha vulnerado derecho fundamental o legal alguno y se le conceda la facultad de recobrar ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia el valor de los servicios prestados al paciente Jaime José Díaz Álvarez, en virtud de la acción de tutela de la referencia por la prestación de servicios que no se encuentran contemplados en el plan de beneficios contratados con el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

VII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 15 de mayo de 2017[9], proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, siéndole asignado el conocimiento dela misma a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 19 de mayo de 2017[10], siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el 23 de mayo de 2017[11].

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de consulta médica realizada al accionante en fecha 15 de marzo de 2017 por la médico particular Sheila Luz Morales Donado R.M. 2656[12].
- Copia de la Historia clínica del accionante[13].
- Copia de formula medica generada por la médico cirujano Marilyn Sofía Gómez M.R.M. 7252, del grupo de Cóomeva Emergencia Médica[14].
- Copia de formula médica generada por la médico particular Sheila Luz Morales Donado R.M. 2656[15].
- Copia de petición dirigida a la Clínica General del Norte por parte de la cónyuge del accionante, solicitando el suministro de pañales

[8] Fls. 76 – 92 cdno 1
[9] Fl. 110 cdno 1
[10] Fl. 2 cdno 2
[11] Fls. 3 y 4 cdno 2
[12] Fl. 5 cdno 1
[13] Fls. 6 y 7 cdno 1
[14] Fl. 8 cdno 1
[15] Fl. 9 cdno 1

desechables, una cama hospitalaria anti escaras y complemento nutricional "Ensure Advance"[16].

- Copia de respuesta dada por parte de la Organización Clínica General del Norte a la petición elevada por la cónyuge del accionante[17].
- Copia de los derechos y deberes de los pacientes[18]

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

9.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente impugnación, en consideración a lo señalado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

9.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Vulneran la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida digna del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, al no autorizar la entrega de unos pañales desechables, crema anti-pañalitis, cama hospitalaria con colchón anti-escara y bebidas nutricionales complementarias; argumentando que estos son elementos excluidos del Plan de Atención Complementaria (P.A.C.) Ferrocarriles y Puertos, establecido en el contrato y términos de referencia que regulan la prestación de servicios para los pensionados de las extinta Ferrocarriles de Colombia? O, en otras palabras, ¿Es procedente la acción de tutela para exigir la entrega de medicamentos y tratamientos excluidos de Planes de Atención Complementaria, siendo que estos últimos se rigen por contratos civiles independientes al Plan Obligatorio de Salud incluido en la cotización obligatoria del Sistema General de Seguridad Social?

Para abordar el problema planteado, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela. iii) El derecho a la salud y su protección integral en las personas de la tercera edad; iv) Nueva Ley

---

[16] Fls. 10 – 12 cdno 1
[17] Fls. 14 – 16 cdno 1
[18] Fls. 17-18 cdno 1

Estatutaria de Salud; v) La jurisprudencia constitucional sobre acceso a los medicamentos excluidos de P.A.C.; vi) Caso concreto

9.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sostendrá que la sentencia de primera instancia debe ser modificada parcialmente, ya que, las responsabilidad de la Organización Clínica General del Norte, al ser una entidad que presta servicios de salud de carácter complementario, es limitada, y solo está llamada a responder por los servicios que estén incluidos dentro del contrato y los que no estén expresamente excluidos del mismo, por lo que se ordenará a este la entrega de los medicamentos que cumplen con dichas características; y al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como Entidad promotora de Salud del accionante la entrega de los restantes requerimientos médicos, ya que estas entidades se encuentran negando, de manera arbitraria e infundada el suministro de elementos de salud ordenados por quienes fungen como médico tratante; los cuales son requeridos por el accionante dado su grave estado de salud, y por tratarse de una persona de la tercera edad, lo que la deja en una posición de debilidad manifiesta. Siendo corregida la tesis del A quo en cuanto a que lo ordenado no ha sido formulado por médico tratante puesto que las ordenes médicas que se tomaran de base para la decisión provienen de un médico tratante de la Organización.

Aunándole a ello que en virtud de la de la entrada en vigencia de la nueva Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), ya no existe división entre medicamentos pos y no pos, puesto que el mandato del legislador es que ya no debe haber un comité técnico científico (CTC) que autorice los medicamentos, sino que los médicos tratantes tienen la autonomía para emitir las ordenes, las cuales deben ser inmediatamente autorizados por la E.P.S.; circunstancia que le impone a esta judicatura adoptar las medidas tendentes a proteger las garantías fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, de que es titular el actor, bajo este entendido, y no solo por las razones de la Juez A quo, quien fundamentó su decisión en los casos en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional autorizaba la entrega de medicamento no pos.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los

derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.5 La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela.

La Constitución Política, en sus artículos 48 y 49, consagra el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley[19].

[19]El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma como debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

"a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este

Así mismo, su prestación debe ser continua[20], es decir, de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional. Los artículos superiores citados, han sido desarrollados paulatinamente por sendas jurisprudencias de la Corte Constitucional, en las que se han precisado las pautas de su aplicación, alcance y defensa.

En tal sentido, se destaca la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se analizó los requisitos establecidos -excesos y carencias- en la regulación legal de la prestación del servicio de salud en el país, y en la que se determinó que todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, ante cualquier amenaza o violación, reafirmando la categoría autónoma de fundamental para el derecho a la salud, bajo el siguiente tenor:

> *"El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."*

Con esa perspectiva, por su naturaleza prestacional, la salud es considerada un derecho fundamental[21] y un servicio público de amplia configuración legal; no obstante, corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud,

---

efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)".

[20] Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003,T-685de 2004, T-858 de 2004, T-875de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005,T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

[21] Con la misma línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en las cuales se ha indicado que esta garantía es de raigambre fundamental, pude consultarse las sentencias T-999/08, T-566 de 2010.

así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo.En tal razón la propia Corte Constitucional ha considerado que:

> *"En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios,* ***todas las personas sin excepción*** *pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*
>
> *Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección"*[22].

Ello quiere decir, que procede el amparo en sede de tutela, cuando resulta imperioso, velar por los intereses de cualquier persona, que así lo requiera[23]. En ese orden, la materialización del derecho fundamental a la salud, exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana[24].

---

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

[23] Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde se señaló: "A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios."

[24] En la sentencia T-790 de 2012, la Corte Constitucional, indicó: "Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó://siendo este aspecto uno de los más

9.6. El derecho a la salud y su protección integral en las personas de la tercera edad

La facultad para demandar judicialmente el suministro de los servicios tendientes a satisfacer la salud es procedente en todos aquellos casos en el que el sujeto especialmente protegido por la Constitución, pueda verse gravemente vulnerado en su dignidad al estar imposibilitado para asumir la carga de los costos económicos que demanda el tratamiento de sus afecciones y especialmente cuando el afectado es sujeto de especial protección constitucional; por lo que una persona de la tercera edad que no pueda asumir las onerosas cargas provenientes de su situación de debilidad, es acreedora directa de una tutela judicial capaz de detener la amenaza o vulneración de su derecho fundamental a la salud.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado[25]:

> *"A ese respecto, no solo el artículo 13 de la Carta señala que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan , sino que el artículo 46 del mismo Texto expresamente dispone que "el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria... y se les garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".*
>
> *... Es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran".*

De lo anterior, se infiere que las personas de la tercera edad, tienen derecho a los servicios de salud de forma integral, lo cual implica que la efectiva garantía del derecho fundamental no se cumple únicamente al suministrársele los medicamentos requeridos o únicamente los tratamientos necesarios, sino que se le brinde una atención completa, continua y articulada, en correspondencia con lo exigido por su condición.

íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad en intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia".

[25] Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2016, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, Bogotá D.C., Febrero 25 de 2016.

9.7. Nueva Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015)

El legislador estatutario mediante la ley 1751 de 2015, expidió la Ley Estatutaria de Salud, en virtud de la serie de inconvenientes que venían afectando la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre los cuales se encontraban, el acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles, los problemas de calidad en la prestación del servicio, la ineficiencia en el uso de los recursos, el énfasis en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo, la iliquidez y dudas en relación con la sostenibilidad del sistema, entre otros.

Esta norma señala que tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección, manifestando que este es autónomo e irrenunciable, y que 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; igualmente indica en su artículo segundo:

> *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*
>
> *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. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. 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 Estado".*

Ello no es más que la positivización de lo que la H. Corte Constitucional ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia, en cuanto autonomía frente a otros derechos fundamentales como la vida.

Igualmente se define al Sistema de Salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud. Y se señalan la obligación del Estado, de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Dentro de los elementos y principios del derecho fundamental a la salud se resalta el de la accesibilidad, establecido en el literal c) del artículo 6, el cual establece que:

> *"Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información"*

Frente a la integralidad, el artículo 8vo de la norma señala que:

> *"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".*** *(Negrilla de la Sala)*

Mientras que en los literales "a)" e "i)" del artículo 10, el cual trata de los derechos y deberes de las personas en relación con la prestación del servicio de salud se señala que las personas tienen derecho a acceder a los servicios y tecnologías de salud que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad; e igualmente a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

De igual manera se reitera que los sujetos de especial protección, gozarán, valga la redundancia, de especial protección por parte del Estado, que su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

También establece la ley, que el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, y advierte una lista de elementos sobre los cuales no se podrán designar los recursos públicos destinados a la salud.

9.8. La jurisprudencia constitucional sobre los Planes Adicionales de Salud en el marco del sistema General de seguridad Social en Salud

La Corte, en sentencia T-346 de 2014 expresó:

> *"(...) El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de la población al servicio en todos los niveles de atención, bajo la estricta dirección, coordinación, vigilancia y control por parte del Estado, quien tiene la responsabilidad de garantizar una prestación eficiente del mismo. Los colombianos pueden acceder al sistema de dos maneras: como afiliados, bien sea del régimen contributivo o subsidiado, o como vinculados, que son aquellas personas que por falta de capacidad de pago y mientras logran ser beneficiarias del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y privadas contratadas por el Estado.*
>
> *La Ley 1438 de 2011 en el capítulo IV regula lo relacionado con los planes voluntarios de salud. Así, el artículo 37 que sustituye el 169 de la Ley 100 de 1993, prevé que dichos planes podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratadas voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización. La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*
>
> *El artículo 40 ibídem señala que los Planes Voluntarios de Salud pueden cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud, tales como: servicios de salud, médicos, odontológicos, pre y poshospitalarios, hospitalarios o de transporte, condiciones diferenciales frente a los planes de beneficios y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional. Igualmente, podrán cubrir copagos y cuotas moderadoras exigibles en otros planes de beneficios. (...)*
>
> *Cuando el usuario escoge acudir a la entidad prestadora del plan adicional de salud, y su médico tratante le ordena un servicio médico excluido del contrato del PAS, el usuario podrá acudir a la EPS a la que se encuentre afiliado, para que esta entidad estudie su caso, determine si se cumplen con los requisitos legales y/o con las subreglas constitucionales establecidas para el suministro del servicio médico requerido, teniendo en cuenta las características específicas del mismo (v. gr. servicio incluido o excluido del POS, aceptado de manera generalizada o de carácter experimental, terapéutico o estético, sometido o no a un periodo mínimo de cotización, la no prestación del mismo amenaza o no de manera grave el derecho a la vida o a la integridad física o mental de la persona, entre otras características que debe tener en cuenta la EPS en su análisis). (...)*
>
> *Ahora bien, referente a la procedibilidad de la acción de tutela para debatir controversias derivadas de contratos de medicina prepagada, esta corporación ha establecido que teniendo en cuenta que su objetivo es brindar al usuario un plan adicional de atención en salud, el cual, si bien hace parte del sistema integrado de*

seguridad social en salud, es opcional y se rige por un esquema de contratación particular, las acciones pertinentes para ventilar las discrepancias son las establecidas por las normas civiles y comerciales.(...)

La jurisprudencia de esta corporación ha reiterado que el juez de tutela está en posibilidad de conocer, de manera excepcional, controversias generadas en el ámbito de la medicina prepagada, en cuanto: "(i) Se trata de personas jurídicas privadas que participan en la prestación del servició público de salud; (ii) los usuarios de las empresas que prestan los servicios adicionales de salud se encuentran en encuentran en estado de indefensión frente a éstas, toda vez que dichas empresas tienen bajo su control el manejo de todos los instrumentos que inciden en el disfrute efectivo de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y asistenciales ofrecidos ***'hasta el punto que, en la práctica, son ellas las que deciden de manera concreta si cubren o no el respectivo gasto en cada momento de la ejecución del contrato'***[26] *y, adicionalmente, tratándose de planes de medicina prepagada e incluso de pólizas de salud, los contratos son considerados de adhesión, lo que significa que las clausulas son redactadas por las empresas y poco son discutidas con el usuario-contratante, situación que lo convierte en la parte débil de la relación negocial; y, (iii) la vía ordinaria no es idónea ni eficaz para la resolución de un conflicto que involucra la violación o amenaza de derechos fundamentales como la vida y la dignidad de las personas, máxime cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable, ya que la decisión resultaría tardía frente a la impostergable prestación del servicio de salud"*[27].

En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente para resolver las controversias que se deriven de los contratos celebrados con entidades que tienen como fin proporcionar al usuario planes adicionales de atención en salud, teniendo en cuenta su naturaleza privada, la cual debe ser regida por normas del derecho civil y comercial. Sin embargo, excepcionalmente y bajo la consideración, que así estos contratos sean de naturaleza privada, tienen como objeto la prestación del servicio público de salud y, por tanto, se encuentra involucrada la efectividad de derechos fundamentales, la tutela es procedente".

9.9. Decreto 780 de 2016

"(...)

TÍTULO. 4

PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD

Artículo 2.2.4.1. Otros beneficios. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, ***que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad.*** *Estos beneficios*

[26]T-307 de junio 20 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-867 de octubre 18 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[27]T-158 de marzo 5 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

se denominan Planes Voluntarios de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.

(Artículo 17 del Decreto 806 de 1998)

Artículo 2.2.4.2. Definición de planes voluntarios de salud. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

(Artículo 18 del Decreto 806 de 1998)

Artículo 2.2.4.3. Tipos de planes voluntarios de salud. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes planes voluntarios de salud:

Planes de atención complementaria en salud.

Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras este se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.

(Artículo 19 del Decreto 806 de 1998)

Artículo 2.2.4.4. Usuarios de los planes voluntarios de salud. ***Los contratos de Planes adicionales, solo podrán, celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.***

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del plan voluntario de salud. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.

(Artículo 20 del Decreto 806 de 1998) (...)

Capítulo. 1

Plan de Atención Complementaria

Artículo 2.2.4.1.1. Planes de Atención Complementaria. Los PAC son aquel ***conjunto de beneficios que comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud.*** *Tendrán uno o varios de los siguientes contenidos:*

1. Actividades, intervenciones y procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o expresamente excluidos de este.

2. Una o varias condiciones de atención diferentes que permitan diferenciarlo del POS tales como comodidad y red prestadora de servicios.

(Artículo 23 del Decreto 806 de 1998) (...)

Artículo 2.2.4.1.18. Exclusiones. ***Las exclusiones deberán estar expresamente previstas en el contrato. Sobre el particular se deberán precisar las patologías, los procedimientos, exámenes diagnósticos específicos que se excluyan y el tiempo durante el cual no serán cubiertos, por parte de la entidad de medicina prepagada. Las exclusiones que no se consagren expresamente no podrán oponerse al usuario.***

No se podrán acordar exclusiones sobre malformaciones, afecciones o enfermedades que se puedan derivar de factores de riesgo propios de estas.

(Artículo 2° del Decreto 1222 de 1994)

Artículo 2.2.4.1.19. Resolución de controversias. Los conflictos que se presenten en materia de preexistencias y exclusiones, se deberán resolver con sujeción a lo dispuesto en el presente Capítulo.

(Artículo 3° del Decreto 1222 de 1994) (...)"

9.10. Caso Concreto

En el presente asunto, el accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, salud y a la seguridad social, por encontrarse presuntamente conculcados por la Organización Clínica general del Norte y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia; así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

Está acreditado que el señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, se encuentra afiliado al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, siendo esta una Entidad Promotora de Salud (Conforme lo establecen los artículo 181 y 236 de la Ley 100 de 1993); estando acreditado igualmente que el mencionado Fondo, celebró contrato con la Organización Clínica del Norte para el suministro de los servicios médicos hospitalarios integrales, requeridos por los afiliados al Fondo, el cual no se aportó al plenario.

Del caudal probatorio, también se desprende que efectivamente el paciente sufre de múltiples patologías, a saber, 1. Diabetes Mellitus - No insulino dependiente – E119; 2. Enfermedad de Alzheimer - No Especificada – G309; 3. No control de esfínteres; 4. Pérdida de masa muscular severa (Malas condiciones musculo-nutricionales) – Desnutrición proteico calórica no especificada – E46X. Paciente masculino de 75 años, que al momento de la consulta médica se encontraba sentado en silla, sin control de esfínteres, habla incoherencias, no tolera alimentación solida por problemas deglutorios; no se puede pesar ni tomar estatura debido a que no se sostiene en pie, por la debilidad que presenta, diagnosticada por médico tratante de la IPS Clínica general del Norte, tal como consta en la historia clínica[28]; en la que adicionalmente el profesional de la salud formuló plan de manejo, instaurándole un plan alimentario hipocalórico e hiperproteico sin azucares, de 2500 calorías al día acompañado de soporte nutricional para aumentar requerimientos nutricionales con aminoácidos esenciales, con Glucerna lata de 237 Ml (2 latas al día por 3 meses).

Por otro lado, se evidencia a folio 8 – cdno 1 – del expediente, que el accionante fue visitado por un grupo de especialistas del servicio de atención médica a domicilio y atención de urgencias y emergencias CEM (Coomeva Emergencia Médica), servicio complementario de atención domiciliaria ofrecido por Coomeva Medicina Prepagada S.A.; siéndole formulado, por la médico cirujano Marylin Sofía Gómez M., con R.M. 7252, lo siguiente: 1)

[28] Fls. 6 y 7 cdno 1

Fitoestimuline crema #1 para aplicar en las curaciones; 2) Pañales desechables y 3) Colchón antiescara.

Igualmente se advierte a folios 5 y 9 – cdno 1 – del expediente, que el accionante consultó a la médico general, médico particular, Sheila Luz Morales Donado, para que esta emitiera concepto sobre su estado de salud, formulándole esta 1) Glucerna tarro 237 Ml #90 – 1 frasco 3 veces al día; 2) Pañales desechables #90 – 3 al día; 3) Colchón antiescara #9 – uso diario y 4) Crema antipañalitis #3 – uso diario.

Se encuentra probado, conforme a los hechos narrados, a los anexos de la demanda y a la contestación de la accionada, que dicho insumos fueron solicitados por la señor Modesta Vives de Díaz, debido a la complejidad del estado de salud de su esposo, en fecha 16 de diciembre de 2016; recibiendo respuesta a su solicitud en fecha 16 de febrero de 2017 aproximadamente, por parte de la Organización Clínica General del Norte, en la que le manifiesta que:

> *"Los pañales desechables, pañitos húmedos son elementos que el paciente requiere para su limpieza, presentación personal y aseo personal, de igual forma las cama hospitalaria (sic), son responsabilidad del paciente o de los familiares suministrarlos y que además se encuentran excluidos expresamente del plan de atención de los pensionados del FONDO DE PASIVO SOCIAL – FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que por lo tanto la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A. no está obligada a suministrarle, por tratarse de elementos que nunca ofertó y que son una clara exclusión del contrato y de los términos de referencia que regulan la prestación de los servicios médicos de los pensionados de la extinta empresa puertos y su grupo familiar.*
>
> *Con respecto a la solicitud un cuidador me permito informar que el señor Jaime Díaz Álvarez (...) es beneficiario del Plan de Atención Domiciliario – PAD, el cual hasta la fecha no le ha negado en ningún momento la prestación del servicio, se relaciona la atención recibida durante los dos últimos meses (...)".*

Antes de iniciar el estudio a fondo del caso, dado que en el mismo hay 2 entidades del Sistema de Salud llamadas a responder, siendo una el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia (como Entidad Promotora de Salud) y la Organización Clínica General del Norte (como entidad contratada para la prestación de servicios complementarios y prestadora de los servicios médicos como IPS), la Sala hará una precisión previa frente al Plan de Atención Complementaria Ferrocarriles y Puertos.

Si bien es cierto en dicho contrato se estipuló entre el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica general del

Norte, como entidad encargada de prestar el servicio complementario, una lista de exclusiones incluidas en el anexo No. 4, tal como se allega al expediente, se advierte que en numeral 4.24.1., están señaladas las exclusiones para los servicios de salud de los usuarios en las que se incluyen, entre otras "*(...) – Pañales para niños y adultos; - Suplementos o complementos vitamínicos y nutricionales: Salvo aquellos casos en que por prescripción médica sean indispensables dentro del tratamiento (...)*". Evidenciándose de igual manera, que en el mencionado Plan no se excluye en ningún momento, ni la "crema antipañalitis", ni el "colchón antiescara", tal como la Clínica del Norte ha pretendido hacer ver a lo largo de su argumentación.

Para la Sala está demostrado, de acuerdo al concepto médico emitido por el médico tratante vinculado a la Organización Clínica General del Norte, que la situación de salud del accionante es grave, debido a su estado de desnutrición y de pérdida de masa corporal, tanto es así que se le ha ordenado una dieta hipercalórica e hiperproteica; e igualmente presenta falta de control de sus esfínteres, siendo dichos padecimientos de salud una muestra de su condición de debilidad manifiesta, y que la demora en la entrega de los insumos requeridos, representa una afectación significativa de la integridad física y a las condiciones de existencia del accionante, teniendo en cuenta la historia clínica anexada y las múltiples patologías evidenciadas, de las cuales se sustrae que este requiere de cuidados especiales.

No desconoce la Sala que la situación particular involucra a una Organización adicional a su Entidad Promotora de Salud, la cual es una entidad que brinda servicios complementarios de salud en virtud de un P.A.C., que en principio es un vínculo y una controversia contractual que no está llamada a prosperar por vía de tutela, toda vez que la misma se rige por las reglas del derecho privado, más allá que se trate de la prestación del servicio de salud; pero que al cumplirse los requisitos establecidos por la corte constitucional para la procedencia frente a este tipo de ese tipo de entidades, a saber: 1) El Estado de indefensión que tiene el paciente frente a la entidad, en el sentido que las condiciones del contrato y las exclusiones no son directamente concertadas con él y 2) La posible vulneración o violación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud y la vida digna del accionante; situaciones que si se evidencian en el presente caso, por lo que la acción de tutela sí está llamada a prosperar frente a las dos entidades demandas.

En ese orden, en este punto del estudio, se torna necesario establecer responsabilidades para con la prestación de los servicios de salud del

accionante. Lo primero que se debe advertir es que la responsabilidad de la Organización Clínica General del Norte, es más limitada que la del Fondo, por cuanto si bien esta entidad puede ser llamada vía tutela por la posible amenaza a derechos fundamentales, esta sólo está facultada para garantizar, tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, los servicios que estén contenidos en los Planes de Atención Complementaria, y agrega esta Sala, en virtud de lo normado en el Decreto 780 de 2016, que solo se entenderán excluidos los medicamentos y procedimientos que estén expresamente excluidos del contrato, y si ello no es así dichas exclusiones no pueden ser oponibles a los usuarios.

Lo segundo que debe advertirse es que, en todo caso, el señor Díaz Álvarez, en su calidad de usuario cotizante perteneciente al sistema de salud obligatorio colombiano, que cuenta con una EPS (En este caso el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia), se entiende que dicha entidad, al manejar recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no le es dable alegar que los medicamentos y servicios ordenados por el médico tratante del accionante, no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud ni del Plan de Atención Complementaria, ya que el primero no se encuentra vigente y por el contrario lo que la normatividad actual consagra, en virtud de la Ley Estatutaria de Salud, es que lo que debe expedir el Gobierno Nacional es una lista general de medicamentos y procedimientos que bajo ningún motivo se podrán ordenar con cargo a los recursos del Sistema General de Salud y que lo segundo, no le aplica a ellos, puesto que su servicio no es complementario sino obligatorio.

Lo tercero que quiere precisar la Sala, es con relación al caso de los servicios médicos incluidos en el POS, excluidos expresamente del contrato de medicina adicional o complementaria, requeridos con prontitud por el usuario y ordenados por su médico tratante, adscrito a la entidad prestadora del PAC, siendo que en la sentencia T-038 de febrero 3 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se estableció:

> *"El requisito de que el servicio médico solicitado haya sido ordenado por el médico tratante ha de reiterarse en este fallo. No obstante, este requisito no puede ser trasladado automáticamente e integralmente a casos como el presente sino que debe ser definido y apreciado atendiendo a las especificidades de la relación entre el POS y los PAS, así como a que el derecho a la salud es fundamental para los menores de edad (Art. 44 de la Constitución).*
>
> *Teniendo en cuenta las especificidades propias del caso objeto de revisión, esta Sala de Revisión considera que la fórmula expedida por el médico tratante, adscrito a la entidad prestadora de planes adicionales de salud, con la cual el accionante celebró un*

contrato, en la que se ordene a un paciente servicios médicos excluidos del plan adicional de salud, pero incluidos en el POS, es suficiente cuando se reúnan las siguientes condiciones:

i) la adscripción del médico tratante a la entidad prestadora del plan adicional de salud no haya sido cuestionada ni esté en duda;

ii) la entidad prestadora del plan adicional de salud no controvirtió la necesidad y/o la pertinencia del servicio médico ordenado por el médico tratante; y

iii) la EPS a la que se encuentra afiliado el accionante no siguió un procedimiento científico para desvirtuar la necesidad y/o la pertinencia de lo ordenado por el médico tratante. Este procedimiento científico ha de hacerse sin el ánimo de dilatar la autorización de los servicios y debe tener el peso suficiente para desvirtuar lo ordenado por el médico tratante, como se dijo en la sentencia T-344 de 2002.

Estos tres requisitos admiten de un lado, la posibilidad de la EPS a oponerse a suministrar un tratamiento que no considera necesario y/o pertinente para las condiciones específicas de un paciente, independientemente que se encuentre incluido en el POS. Sin embargo, dicha oposición no puede basarse en que la orden no provino de un médico tratante adscrito a ella si se reúnen las condiciones antes enunciadas, sino en razones científicas."

De lo anterior deduce esta Sala que, comoquiera que los 3 requisitos enunciados por la Corte Constitucional se cumplen en el presente caso, los mismos son aplicables y exigibles a la E.P.S., y la IPS, vinculadas a esta acción, por lo que modificará la orden proferida por el Juez de primera instancia, ordenándose la entrega de los medicamentos que correspondan o que estén a cargo de ella, así no hayan sido formuladas por médicos de esa entidad, sin necesidad de estudio adicional.

Ahora bien, frente a la solicitud de Glucerna lata de 237 Ml (2 latas al día por 3 meses), de crema antipañalitis y de cama hospitalaria con colchón antiescara, considera la Sala que estos elementos deben ser brindados por la Organización Clínica General del Norte, por cuanto que: lo primero, es un suplemento nutricional ordenado dentro del plan de manejo del accionante, tal como consta en su historia clínica, por lo se entiende, cumple con el requisito de ser indispensable dentro del tratamiento, máxime al evidenciarse en la historia clínica que el accionante padece de un cuadro de desnutrición proteica y de pérdida de masa corporal severa. Mientras que, frente a la crema para el tratamiento tópico de las alteraciones del tejido dérmico "fitoestimulina", tales como quemaduras, las mismas no se encuentran excluidas del P.A.C., y no es un tratamiento con carácter estético, por lo que no es dable por parte de la Organización deslindarse de esta obligación; y en cuanto a la cama hospitalaria, debe precisarse que lo prescrito por el médico tratante del Plan de Atención Domiciliaria, igualmente brindada por la Organización, fue un

colchón antiescara, dadas las condiciones de salud del accionante, y en ese sentido, se advierte que dicho servicio no hace parte de la lista de exclusiones, por lo que igualmente es aplicable todo lo hasta aquí dicho, en el sentido de que no lo es oponible al usuario e igualmente debe brindarse y así se ordenará.

Frente a la solicitud de pañales desechables, advierte la Sala que estos si son una exclusión expresa del P.A.C. ofrecido por la Organización Clínica General del Norte, siendo una prestación médica no exigible a dicha entidad, pero que si es exigible a su E.P.S., es decir al Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia; sin embargo se observa que los mismos, no han sido solicitados directamente a esta entidad, por lo que se entiende entonces, que el Fondo no ha tenido la oportunidad de darle trámite a la solicitud, aunque en la contestación de tutela manifestaran que son una exclusión, siendo esto contrario a nuestra legislación, debido a que, en virtud de la nueva Ley Estatutaria de Salud (1751 de 2015), en especial a lo regulado en el artículo 15 de esta normativa, vigente desde febrero de este año, ya no hay distinción entre medicamentos pos y no pos, si no que los médicos tratantes tienen la autonomía, dentro de los criterios éticos y de autosuficiencia del Sistema, de ordenar los medicamentos que consideren necesarios para propender por la salud y la mejora de los pacientes; razón por lo cual es irrelevante la discusión que en sede judicial plantea la accionada sobre el asunto, máxime, si se tiene en cuenta que la protección constitucional a los grupos sociales más vulnerables es un mandato que viene ordenado por la Constitución y que ha sido reiterado ampliamente en la jurisprudencia constitucional.

A ello debe sumársele el hecho que ese mismo articulado señala cuales son los servicios y tecnologías a los que no podrán destinarse los recursos públicos destinados al Sistema de Salud, advirtiendo esta Sala que los paños húmedos prescritos no corresponden a ninguna de las categorías allí descritas, por lo que mal haría en deducirse que solo por tratarse de elementos de aseo personal, no contribuyan a la atención de una enfermedad.

Incluso con la regulación anterior, la Corte ya venía reiterando el hecho que, aun cuando aquello que disponga el médico tratante no esté incluido en el conjunto del denominado P.O.S. no lleva de forma necesaria a que la persona se le vea privada de lo requerido para la atención y tratamiento de su condición médica, debido a que en presencia de ciertos presupuestos, se activa la protección constitucional de los servicios o medicamentos que, aunque descartadas del P.O.S., son indispensables para salvaguardar el ejercicio del derecho a la salud y una subsistencia en condiciones dignas, como

es el presente caso. Esos presupuestos eran que la orden fuese prescrita por su médico tratante; que el medicamento, intervención o insumo no tuviese reemplazo dentro de los medicamentos incluidos en el P.O.S.; que el medicamento fuese indispensable para la vida el tratamiento o la recuperación del paciente y que no pudiese ser costeado por él mismo, situación que se presume y debe ser desvirtuada por la accionada.

Por todo lo manifestado, la Sala modificará parcialmente la providencia de primera instancia del ocho (08) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en ese sentido se modificará y adicionará el numeral segundo del fallo.

X. CONCLUSIÓN

En conclusión de lo expuesto, la respuesta a los problemas jurídicos planteados es positiva, por cuanto el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte, se encuentran vulnerando los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna del señor JAIME JOSÉ DÍAZ ÁLVAREZ, al no autorizar y efectuar la entrega de unos paños desechables, crema antipañalitis o fitoestimuline, colchón antiescara y bebida nutricional complementaria ordenados por el médico tratante; frente a los pañales debido a que el principio de integralidad, comporta que la atención y la prestación de los servicios de las personas de la tercera edad no sea parcial ni fragmentada, sino que, en atención a su condición de indefensión y vulnerabilidad, sea brindada de modo que se les garantice su bienestar físico, sicológico y psíquico, entendido como un todo; y frente a los demás elementos, debido a que los mismos sí se encuentran incluidos o no se encuentran excluidos del Plan de Atención.

Y sí es procedente la acción de tutela, para exigir la entrega de los mismos, por cuanto el estado de debilidad manifiesta y la inminente amenaza a los derechos fundamentales a la salud y vida del accionante así lo exigen.

XI. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de tutela proferida el 08 de mayo de 2017, por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto ordenó proteger los derechos fundamentales del señor Jaime José Díaz Álvarez, vulnerados por el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Organización Clínica General del Norte, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: Ordénesele a la Representante legal de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, señora LIGIA MARÍA CURE RÍOS o quien haga sus veces y al DIRECTOR GENERAL DEL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, señor JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA o quien haga sus veces, en el momento de la notificación, que en término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no se ha hecho, en atención al principio de integralidad de la atención en salud:*
>
> *1) Frente a la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, 1.1.) Autorice el suministro de A) Glucerna Lata de 237 Ml, 2 latas al día por 3 meses; sin dilación alguna en las cantidades y por el tiempo prescrito por médico tratante; B) Crema fituestimuline o antipañalitis #1 para aplicar en las curaciones; y C) Colchón antiescara; para estos dos últimos puntos se mantendrá la orden establecida en el punto 3 de este numeral, pero no para que se valore la necesidad de estos medicamentos y/o tratamientos, sino para que establezcan la cantidad, el tipo y la duración del mismo, sin dilación alguna.*
>
> *2) Frente al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, o a través de la entidad que esta entidad tenga contratada para la prestación del Plan Obligatorio de Salud, 2.1.) Autorice el suministro de pañales desechables, para esto se mantendrá la orden contenida en el punto 2 del presente numeral, pero no para la autorización del servicio, sino para que el médico tratante establezca y precise la cantidad, el tipo de pañales y el tiempo por cual se entregarán"*

TERCERO: MANTENER la orden impartida en el punto 4 del numeral segundo de la providencia impugnada, atendiendo las reglas establecidas en la presente providencia sobre atención integral del servicio de salud y los obligaciones derivadas del P.O.S. y del P.A.C.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

SEXTO: Por Secretaría, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 45

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**