



JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ
Ibagué, catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Tipo de proceso	Acción de tutela
Radicación:	730013105006-2019-00261-00
Accionante(s):	MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ
Accionado(a):	SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A, UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA, Y FIDUPREVISORA S.A
Vinculados:	CLÍNICA TOLIMA S.A, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL TOLIMA, SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ- HOSPITAL DE SAN JOSÉ.
Providencia:	Sentencia de primera instancia
Asunto:	Derecho a la salud, seguridad social y vida digna

ASUNTO A TRATAR

Procede este Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por la MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ contra la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A., UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA, Y FIDUPREVISORA S.A

ANTECEDENTES

MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, identificada con C.C. No. 65.736.007, promovió acción de tutela contra la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A., UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA, Y FIDUPREVISORA S.A, con el propósito que le sean amparados sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna, y en consecuencia, se ordene a las accionadas autorizar cita con especialista urólogo funcional o neuro-urólogo especialista en colocar un neuromodulador, y brindar un tratamiento integral a la enfermedad.

Como sustento fáctico de su acción expuso que es una docente vinculada a la planta global del municipio de Ibagué y que labora en la Institución Educativa San José; que es afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio; que desde el año 2008 empezó a sufrir escape urinario; que el año 2008 fue remitida al especialista en urología, quie le diagnosticó incontinencia urinaria no especificada y le envió exámenes, y tratamiento con medicamentos; que como el tratamiento no funcionó, en el año 2017 acudió a la especialista en urología Deisy Jimena Mora que la diagnosticó con vejiga hiperactiva, ordenándole nuevos exámenes y medicamentos, remitiéndola a la Junta Médica, que ratificó el tratamiento, con los medicamentos en dosis más elevadas; que en el año 2018 nuevamente se reunió la Junta Médica ordenándole procedimiento quirúrgico para colocación de botox el cual le fue realizado el 12 de diciembre del mismo año; que posterior al procedimiento, continuó en igual estado de salud, por lo que el especialista en una nueva consulta remitió su caso nuevamente a la Junta Médica.

Expuso que el 12 de marzo de 2019 la Junta Médica al observar que ya se habían agotado todos los tratamiento decidió remitirla para valoración con neuro-urólogo por considerarla candidata para tratamiento con neuromodulador, informándole que los únicos neuro-urólogos o urólogos funcionales eran los doctores Alejandro Aparicio

Schalesinger en la Clínica Country de Bogotá y el Doctor Juan Carlos Castaño Botero en Medellín; que acudió a TOLIHUILA con la finalidad de obtener la autorización médica, pero le informaron que estaban tramitándola con el Hospital San José de Bogotá, sin embargo esta institución vía correo electrónico le manifestó que no tenían esa especialidad; que acudió nuevamente a TOLIHUILA y mediante oficio dio a conocer la situación, remitiéndola al neurólogo Raúl Palma, que a su vez le ordenó cita con especialista neuro-urólogo funcional, indicando que las únicas personas que tenían esa especialidad eran los doctores ya mencionados; que acudió a la FIDUPREVISORA S.A. a exponer su situación, y vía telefónica le informó que la gestión para su cita no se había podido realizar pues el doctor Alejandro Aparicio de la Clínica Country no tenía esa especialidad, y le autorizó valoración con la neuróloga Natalia Ospina, que a su vez la remitió nuevamente para valoración por urología funcional o neuro-urología.

Mencionó que entabló comunicación con los dos galenos en mención, quienes expusieron que eran especialistas en las áreas requeridas. Por último, expuso que vive en zozobra constante por causa de su enfermedad que le impide llevar una vida normal y desarrollar ciertas actividades, y que a pesar de haber intentado sufragar el tratamiento médico con su salario, este es insuficiente para cubrir dichos gastos.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 1º de agosto del año en curso se admitió la acción de tutela en contra de la SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A, UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA, Y FIDUPREVISORA S.A, y se vinculó a la CLÍNICA TOLIMA S.A por ser integrante de la Unión Temporal UT TOLIHUILA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL TOLIMA, SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ-HOSPITAL DE SAN JOSÉ, concediéndoles un término de 48 horas para que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de esta acción constitucional.

Dentro del término, la vinculada SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ- HOSPITAL DE SAN JOSÉ, dio respuesta a la acción de tutela alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva, debido que es la EPS la responsable de brindar la atención oportuna con calidad y seguridad a través de su red prestadora de servicios. Agregó además que se encuentra imposibilitada para realizar el procedimiento que la actora requiere al no contar con la infraestructura ni los recursos técnicos. Además informó que en la actualidad no tiene vínculo contractual vigente con la Unión Temporal UT TOLIHUILA.

El representante de la Unión Temporal UT TOLIHUILA, solicitó negar las pretensiones de la solicitud de tutela por presentarse carencia actual de objeto por hecho superado. Adujo que no se evidencian negaciones ni incumplimientos por parte de la Unión Temporal lo cual soporta con una relación de servicios autorizados y de valoraciones programadas. Frente a la cita por la especialidad requerida por la actora, manifestó que se realizó el proceso de consecución, cotización y programación de la misma la cual fue asignada para el día viernes 30 de agosto del presente año a las 3:00 pm con el doctor Juan Carlos Castaño en la ciudad de Medellín de lo cual anexa soporte, y que corresponde al especialista determinar si la paciente es apta para neuromodulador, atendiendo al criterio de necesidad como garantía para acceder a los servicios de salud. Manifestó que es improcedente la orden de tratamiento integral solicitado, debido a que no se evidencia negativas a las solicitudes de servicios ordenados y dicha pretensión tiene como fundamento hechos inciertos e indeterminados.

También expuso, que en lo no cubierto por el Plan de Atención en Salud del Magisterio, la accionante o su núcleo familiar cercano con base en el principio de solidaridad, debía asumir la totalidad o parte de los gastos que se generen. En este aspecto, mencionó que la actora tiene capacidad económica, pues al ser docente de aula grado 14, devenga un salario por valor de \$3.641.927, además que según verificación en el sistema de consulta por grupo familiar y ADRES, aparecen dos hijos afiliados en el régimen contributivo como cotizantes en otras E.P.S. Por último solicitó que en caso de ser tutelados los derechos reclamados, se le faculte para recobrar los gastos que ocasione el cumplimiento del fallo ante la FIDUPREVISORA S.A como administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls 74-93).

El gerente de la CLÍNICA TOLIMA S.A por su parte solicitó que la entidad sea exonerada de responsabilidad, por cuanto no han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante. Manifiestó que su competencia como miembro de la Unión Temporal, se limita a brindar la atención médica dentro de sus especialidades que se encuentran habilitadas por la Secretarí de Salud del Tolima, además que no cuentan con la especialidad requerida por la accionante, y que teniendo en cuenta que lo que se solicita es una autorización por urólogo funcional o neuro urólogo, es a la Unión Temporal a quien le corresponde autorizar dichos servicios (fls. 94 – 102).

La Nación-Ministerio de Educación Nacional, a través de su representante judicial, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que dicho ente ministerial no presta servicios de salud ni tiene a su cargo la administración de los servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, y que es a la FIDUPREVISORA S.A., en calidad de administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde la contratación de las entidades para la prestación de los servicios médico asistenciales (fls. 106-112).

Las demás entidades vinculadas guardaron silencio, a pesar de estar debidamente notificadas como consta a folios 129-130 de la encuadernación.

CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si se deben amparar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de la actora.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se erige como un mecanismo de rango constitucional, instituido para amparar los derechos fundamentales de las personas cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública; adicionalmente debe advertirse que este procedimiento tiene un carácter residual o subsidiario, y por tanto, sólo procede cuando la persona afectada en sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial para que se restablezca el derecho

vulnerado o para que desaparezca la amenaza a que está sometido, salvo que la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Bajo esta premisa, se tiene que el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos por la ley.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 49 Superior consagró el derecho que tiene toda persona a acceder a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Ley 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud, imponiéndole al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar su goce efectivo, bajo los principios de universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas y protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras.

La Corte Constitucional¹ ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*. Según la alta Corporación este derecho debe garantizarse bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*.

Y frente a su protección la alta Corporación ha señalado que *“en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela”* (T-062 de 2017).

De lo anterior se devela la importancia que tiene la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, pues al ser esta garantía de raigambre fundamental, el Estado y los particulares que se encuentran comprometidos con la prestación del servicio público de salud, les corresponde desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho, ya que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, en especial el de la vida y el de la dignidad.²

Régimen de salud aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹ Ver entre otras las sentencias T-566 de 2010, T-931 de 2010, T-355 de 2012, T-176 de 2014, T-132 y T-331 de 2016

² Sentencia T-816 de 2008

De acuerdo a lo establecido en el artículo 273 Ley 100 de 1993, además del sistema general de seguridad social, existen unos regímenes de carácter especial a los que no les es aplicable dicho estatuto, entre los cuales se encuentra el régimen de prestaciones sociales del magisterio. En la Sentencia T -177 de 2017 la Corte Constitucional precisó frente a este régimen:

“En aras de desarrollar el régimen en mención, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial. Entre sus objetivos se encuentra garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Así, los artículos 3 y 5 de dicha normativa señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es Fiduciaria La Previsora S.A. [9].

Seguidamente, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1º y 2º del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo [10].

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales activos y pensionados se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa encargada de la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

“(…) El numeral 5º de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3º-c)” [11].

Respecto de las prestaciones a las que tienen derecho los afiliados y sus beneficiarios, el anexo N° 001 establece que todo lo que no está explícitamente excluido, se encuentra incluido dentro del plan de atención de este régimen.

Descrito lo anterior, se tiene que para el Departamento del Tolima en virtud de contrato suscrito entre la FIDUAGRARIA S.A. y Unión Temporal UT TOLIHUILA que está conformada por la CLÍNICA TOLIMA S.A y EMCOSALUD, es a esta última a la que le corresponde la prestación de los servicios de salud de los docentes, según la red de servicios que tenga contratada para ello.

³ Sentencia T-496 de 10 de julio de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.



CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen, la actora pretende que las accionadas le autoricen cita con el especialista urólogo funcional o neuro-urólogo especialista en colocar un neuromodulador, y le brinden un tratamiento integral en la enfermedad.

El representante de la Unión Temporal UT TOLIHUILA, solicitó negar las pretensiones de amparo por presentarse carencia actual de objeto por hecho superado, debido a que a la actora le fue asignada cita por la especialidad requerida en la ciudad de Medellín. Además, expuso que dada la capacidad económica de la accionante y de sus hijos, debían asumir en todo o en parte lo no cubierto por el Plan de Atención en Salud del Magisterio, y se le facultara para recobrar los gastos que ocasionará el cumplimiento del fallo ante la FIDUPREVISORA S.A

En el presente asunto, se encuentra acreditado que la actora es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como cotizante (fl. 8, 74-92); que ha venido presentando problemas de salud en su vejiga con diferentes diagnósticos tales como, N319 Disfunción neuromuscular de la vejiga, N393 incontinencia urinaria por tensión, N310 vejiga neuropática no inhibida; que hace varios años ha venido siendo tratada por médicos especialista sin resultado positivo a los diferentes tratamientos por lo que ha sido remitida a la Junta Médica en la que una vez fue determinado el agotamiento de las posibilidades de tratamiento, se remitió enviar para evaluación de neuro-urología o urología funcional con el fin de determinar si era candidata para neuromodulación (fls 20-52 y especialmente el folio 22); que esa opción médica también fue sugerida por los neurólogos que la valoraron (fls. 9 y 15); que desde el 12 de marzo de 2019 se sugirió la posibilidad de ser atendida por las especialidades en mención para lo cual la accionante intentó hacer los trámites para la consecución de la autorizaciones lo cual se desprende de las solicitudes presentadas con fechas 20 de marzo de 2019 y 16 de abril de 2019, hecho que no fue desvirtuado en la contestación del representante legal de la Unión Temporal (fls 13-14 y 16 -17); que producto de esas gestiones realizadas por la accionante insistieron en enviarla por valoración por neurología (fls. 9 y 15); que la Unión Temporal UT TOLIHUILA consiguió que le asignaran cita a la actora por neuro-urología para el día viernes 30 de agosto de 2019 a las 3:00 pm con el doctor Juan Carlos Castaño en la ciudad de Medellín para lo cual emitió autorización N° 1952919 del 8 de agosto de 2019 evidenciándose pago por anticipado del evento.

No obstante, lo solicitado por la actora en el escrito de tutela es la autorización para cita con médico especialista en Urología Funcional o Neuro-urología, y que en el escrito de contestación el representante legal de la Unión Temporal UT TOLIHUILA mencionó que ya se había asignado cita médica por la especialidad requerida para una fecha cierta de lo cual anexa autorización de servicios, considera este Despacho que frente a este aspecto la vulneración no ha cesado y que por tanto no estamos frente a la carencia actual de objeto por hecho superado.

Lo anterior por cuanto el derecho a la salud no se ve resarcido con la autorización y asignación de la valoración sino que se satisface con la valoración médica.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia T-439 de 2018, respecto a la carencia actual de objeto por hecho superado precisó: *"Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal*

circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela”.

En ese orden de ideas como la cita con el galeno especialista se asignó con posterioridad a la fecha de emisión de este fallo, no puede colegirse que se presenta carencia actual de objeto, con lo que se recoge cualquier postura vertida en contrario. Además, la actitud de la accionada exhibe demora injustificada, pues la Junta Médica sugirió valoración por neuro-urología el 12 de marzo de 2019 y solo hasta la presentación de la acción de tutela y posterior notificación a las accionadas, la Unión Temporal hizo una gestión efectiva para la concesión de la cita médica y posterior autorización del servicio mediante un pago anticipado, razón por la cual al no materializarse antes de finalizar el trámite constitucional, se ordenará a la Unión Temporal UT TOLIHUILA garantice la efectiva atención de la usuaria por la especialidad de urología funcional o Neuro-urología.

De otro lado, como la accionante también solicita se ordene un tratamiento integral en su enfermedad, se le ordenará a la Unión Temporal UT TOLIHUILA brinde un tratamiento integral de salud en la enfermedad diagnosticada: N319 Disfunción neuromuscular de la vejiga, N393 incontinencia urinaria por tensión, N310 vejiga neuropática no inhibida o el que determine el especialista en neuro-urología o urología funcional. Por lo tanto, la citada entidad deberá autorizar los medicamentos, exámenes, tratamientos, controles y/o procedimientos que requiera la actora y que estén incluidos en el plan de atención en salud de este régimen de excepción, en los términos ordenados por los médicos tratantes, garantizando en la medida de lo posible que para su acceso, no se impongan trabas administrativas que dilaten u obstaculicen el pronto acceso a los mismos. En lo no incluido dentro del plan de atención en salud, la actora deberá asumir el costo que le corresponda, teniendo en cuenta que no logró acreditar la falta de capacidad de pago, pues por el contrario las pruebas decretadas en el proceso sumario dan cuenta de la misma.

Por otro lado, no se dispone el recobro solicitado por la Unión Temporal UT TOLIHUILA, por cuanto se trata de un servicio o procedimiento no excluido de plan de atención en salud del magisterio.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de salud de la señora MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, identificada con C.C. No. 65.736.007, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA integrada por las sociedades SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A y la CLINICA TOLIMA S.A garantice la efectiva atención de la señora MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, identificada con C.C. No. 65.736.007 por la especialidad de urología funcional o Neuro-urología.

TERCERO. ORDENAR a la UNIÓN TEMPORAL UT TOLIHUILA integrada por las sociedades SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A y la CLINICA TOLIMA S.A garantice a la señora MARTHA LILIANA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, identificada con C.C. No. 65.736.007 un tratamiento integral de salud en la enfermedad diagnosticada: N319 Disfunción neuromuscular de la vejiga, N393 incontinencia urinaria por tensión, N310 vejiga neuropática no inhibida o el que determine el especialista en neuro-urología o urología funcional. Por lo tanto la entidad accionada deberá autorizar los medicamentos, exámenes, tratamientos, controles y/o procedimientos que requiera la actora y que estén incluidos dentro del Plan de Atención en Salud de este régimen de excepción, en los términos ordenados por los médicos tratantes, garantizando en la medida de lo posible que para su acceso, no se impongan trabas administrativas que dilaten u obstaculicen el pronto acceso a los mismos.

CUARTO. EXHORTAR a la FIDUPREVISORA S.A como administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que verifique el cumplimiento de las órdenes contenidas en esta providencia.

QUINTO: Notificar a las partes esta providencia, por los medios más expeditos y eficaces. (Artículo 30 del decreto 2591 de 1991)

SEXTO: Si esta providencia no fuere impugnada, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


KAREN ELIZABETH JURADO PARÉDES
Juez