REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

RAD: 08001418900620230061602.
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: NAYIBE HERNÁNDEZ GRANADOS como agente oficiosa de RAMONA GRANADOS MARTÍNEZ
ACCIONADO: CLÍNICA GENERAL DEL NORTE

JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO. BARRANQUILLA, CATORCE (14) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024).

ASUNTO A TRATAR

Procede este despacho a decidir el recurso de impugnación interpuesto por la parte accionada contra el fallo de tutela de fecha 19 de diciembre de 2023, proferido por el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla – Localidad Suroccidente, dentro de la acción de tutela de la referencia. -

A N T E C E D E N T ES:

Señala el accionante que su señora madre cuenta con 101 años de edad, se encuentra en un hogar de reposo por mis obligaciones laborales, soy la persona encargada de su cuidado, Según la historia clínica 26701186 la paciente presenta artrosis degenerativa, hipertensión arterial, insuficiencia renal, Hipoacusia bilateral, incontinencia mixta, anemia, requiere: Vigilancia permanente para evitar caídas, alimentación sana rica en frutas y verduras, es Hipocalórica, Hipo sódica, Hipoglucida, requiere hidratación de la piel, cuidados básicos dado por familiar en manejo del stress, evitar sedentarismo, no consumir tabaco ni alcohol, signos de alarma para consultar el servicio de urgencias, medidas de bioseguridad y lavado de manos, certificado por su médico Eveliz Inés Mantilla Severiche, registro 81244.

Se le recetó por los motivos anteriores, el medicamento ENSURE ADVANCE 237 ML, una toma por 24 horas dentro de los próximos 4 meses, ya que el paciente cuenta con la NECESIDAD de minaocidos esenciales en su plan alimentario hipercalórico, medicamento que no le suministraron a mi señora madre. Su escala de Barthel determino entre otras cosas que es dependiente para la continencia urinaria y fecal, para el uso del sanitario, motivos por los cuales se requiere por su edad y por su historial medico, del uso diario de pañales desechables, motivo por el cual solicité mediante petición del día 31 de mayo del 2023 a la Clínica General del Norte el suministro de los pañales prescritos. En respuesta a mi petición, la Clínica General del Norte responde:

> “Es sumamente importante tener en cuenta que, usted pertenece a un régimen de salud excepcional como es el magisterio, motivo por el cual la prestación de los servicios no se rige con lo señalado en la ley 100 y no se puede hablar de plan obligatorio de salud, sino por unos pliegos de condiciones que son establecidos por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA, que son las entidades que administran los recursos del sistema de salud de los docentes y quienes elaboran los pliegos de condiciones y el contrato que enmarca la prestación

de los servicios médicos de salud de los docentes y su grupo familiar. En el contrato celebrado, se encuentran señaladas las obligaciones, que como contratista debe cumplir la Organización Clínica General Del Norte, para la efectiva prestación de estos servicios y señala además las exclusiones, es decir aquellos conceptos, que mi mandante no está en la obligación de suministrar, los cuales me permito citar a continuación: que no suministra los pañales en que, en el Plan de Beneficios del Magisterio, los pañales desechables se encuentran incluidos en la lista de exclusiones por ser elementos suntuarios.

PRETENSIONES:

La parte accionante solicita que, con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor Juez disponer y ordenar a favor mío lo siguiente: PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida en consecuencia.

SEGUNDO: Ordenar a la Clínica General del Norte y/o quien corresponda, que suministre los PAÑALES y el ENSURE ADVANCE 237 ML que requiere mi señora madre para su calidad de vida.

DESCARGOS DE LA ENTIDAD ACCIONADA:

TATIANA GUERRERO LONDOÑO, en calidad de COORDINADORA GENERAL DEPARTAMENTAL PROGRAMA MAGISTERIO ATLANTICO DE LA IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A manifiesta :

En primera instancia, me permito manifestar a su señoría, que mi representada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la paciente RAMONA GRANADOS MARTINEZ y por el contrario, ha garantizado la totalidad de los servicios de salud que ha requerido y que han sido ordenados por su médico tratante, con total diligencia, pertinencia y oportunidad, motivo por el cual esta acción de tutela es IMPROCEDENTE y en consecuencia deben negarse las pretensiones al no existir vulneración de los derechos fundamentales esbozados.

Seguidamente, aclarar al Despacho que, la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE, no es una entidad promotora de salud o EPS y simplemente fungimos como institución contratada para la prestación de servicios médicos y hospitalarios para los usuarios afiliados al Magisterio, en virtud del contrato celebrado con FIDUPREVISORA S.A y FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como aseguradores principales.

EN RELACION A LAS PRETENSIONES

Me opongo a las pretensiones, por cuanto la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE-Programa Magisterio Atlántico, ha expedido la totalidad de las ordenes de servicio que han sido requeridas para el manejo de la patología de la usuaria, alejados de incurrir en vulneraciones constitucionales.

Su Señoría, nuestra obligación, es suministrar los servicios médicos que requieran los pacientes siempre y cuando se deriven del direccionamiento de sus médicos tratantes, que nuestra institución se encuentra dispuesta a brindar al agenciado la totalidad de los tratamientos médicos y farmacológicos que le sean ordenados, con la finalidad de brindar las mejores atenciones médicas que requiera y que sean ordenadas para el mejoramiento de su salud..

AUTORIZACION DE PAÑALES DESECHABLES
No se evidencia en los registros de historia clínica de la paciente RAMONA GRANADOS MARTINEZ, el ordenamiento y/o formulación de los insumos peticionados por parte de los profesionales de salud tratantes, elementos que hoy son objeto de esta acción de tutela, lo que nos permite establecer, que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental a o legal a la accionante y por el contrario, se ha garantizado la prestación de los servicios de salud, de conformidad al criterio médico.

A su vez, téngase en cuenta que, en materia de salud, la Corte ha entendido que se quebranta el derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y en general cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante; y si en este caso no contamos con orden médica que determine lo solicitado, fundamento suficiente para declarar la inexistencia de vulneración de derechos. Señor Juez, no podemos proceder a la autorización de elementos e insumos que no han sido prescritos como plan de tratamiento para la usuaria RAMONA GRANADOS MARTINEZ, por lo que no podemos acceder favorablemente a la autorización de insumos que no han sido ordenados ni cuentan con justificación médica para su entrega. Si bien, los familiares de la paciente aducen la necesidad de los insumos debido a las patologías de la paciente, no hay orden medica que sustente lo peticionado en el presente tramite tutelar.

AUTORIZACION SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS
Examinados los registros clínicos de la paciente RAMONA GRANADOS MARTINEZ, se logra evidenciar ordenamiento por especialista en Nutrición para tratamiento por 4 meses con aminoácidos esenciales, por lo que se procederá a la generación de autorización y posterior entrega al familiar de la usuaria, por el tiempo, cantidad y periodicidad prescrita, el cual será garantizado por la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE. Ahora bien, en el contrato celebrado, se encuentran señaladas las obligaciones, que como contratista debe cumplir la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A., para la efectiva prestación de estos servicios y señala además las exclusiones, es decir aquellos conceptos, que mi mandante no está en la obligación de suministrar, los cuales me permito citar a continuación:

NOTA: TODO LO QUE NO SE ENCUENTE INCLUIDO, SE ENCUENTRA EXCLUIDO.

Como he manifestado, cualquier Servicio o insumos que no haga parte del objeto del contrato o que se deba prestar en una forma diferente, no es obligación de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.S, suministrarlo y son conceptos que deben ser asumidos por los familiares, al tratarse de una exclusión expresa de los pliegos de condiciones o en su defecto por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A, por ser estas las entidades que tienen el vínculo de afiliación con los docentes y su grupo familiar y quienes elaboran los pliegos de condiciones que regulan el contrato.

Conforme a lo expuesto, es importante tener en cuenta que la acción de tutela no puede ser el mecanismo ni el camino para que los afiliados del sistema se subroguen en las instituciones prestadora del servicio de salud, en la carga de solidaridad que les asiste, recordando que los recursos del sistema de salud son limitados y deben cubrir los requerimientos de la totalidad de los afiliados.

BORIS SÁNCHEZ AMÉZQUITA, Vicepresidencia Jurídica de la FIDUPREVISORA S.A., actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio me permito CONTESTAR la acción de tutela de la referencia, solicitándole se consideren los aspectos que se expondrán a continuación:

FIDUPREVISORA S.A. como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG- en virtud del cumplimiento del contrato de fiducia mercantil suscrito con la Nación Ministerio de Educación, se permite informar que la persona responsable de supervisar el cumplimiento a las obligaciones contractuales por parte de las Uniones Temporales es el Doctor EDWIN ALFREDO GONZALEZ RANGEL en calidad de Gerente de Salud y en su calidad de Vicepresidente (E) Fondo de Prestaciones del Magisterio - FOMAG

En virtud de lo anterior, es claro que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de FIDUPREVISORA S.A., quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA PRESTAR SERVICIOS DE SALUD.

FIDUPREVISORA S.A. en nombre y representación del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio no tiene la obligatoriedad de cumplimiento de suficiencia en:

- Capacidad técnico administrativa, que establece tener una estructura gerencial central y por regionales, que establece un departamento comercial, para aumento de afiliados, que incluye un departamento estadístico que recopile toda la información como si fuera una EPS.

- Capacidad financiera, donde se define un capital mínimo para su funcionamiento, una solvencia económica para la sostenibilidad del negocio.

- Capacidad tecnológica, con un departamento de sistemas, con toda una serie de aplicativos sofisticados que garanticen la recopilación de información.

- Capacidad científica, con el personal adecuado en número y en idoneidad para garantizar la realización de guías, protocolos que sean aplicados a todos los usuarios del FOMAG.

- Todo esto no es posible, desde la perspectiva de ser un administrador del FOMAG, por la cual se recibe una comisión, que no corresponde a la administración y gestión que se le reconoce a una EPS por su labor administrativa.

PRIMERO.- DESVINCULAR A FIDUPREVISORA S.A., quien actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como se explicó anteriormente, ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean

responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

SEGUNDO. - REQUERIR a REGION 6 ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A., quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive, de conformidad con lo expuesto.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de fecha 19 de diciembre de 2023, el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla – Localidad Suroccidente resuelve :

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la SALUD incoado por la señora NAYIBE HERNÁNDEZ GRANADOS COMO AGENTE OFICIOSA DE RAMONA GRANADOS MARTINEZ contra CLINICA GENERAL DEL NORTE – PROGRAMA MAGISTERIO, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a CLINICA GENERAL DEL NORTE Y FIDUPREVISORIA COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice pañales de adulto en la talla que corresponda a razón de 6 unidades por día (180 pañales por mes) a la señora RAMONA GRANADOS MARTINEZ.

IMPUGNACION

TATIANA GUERRERO LONDOÑO, coordinadora DE LA IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE y, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para ello, me dirijo a su Despacho muy respetuosamente con el fin de presentar RECURSO DE IMPUGNACION CONTRA LA PROVIDENCIA CALENDADA DICIEMBRE 19 DE 2023, proferida en el trámite de la presente Acción Tutelar, para que el Juez Superior, REVOQUE,MODIFIQUE Y/O ADICIONE la providencia dictada en el sentido de que previos a la autorización de cualquier tratamiento, insumo o elemento para la paciente RAMONA GRANADOS, al no contar con ordenamiento y/o prescripción de los mismos, configurándose la cantidad de 180 pañales por mes a 6 cambios de pañales por dia, unidades que resultan desproporcionadas desde todo punto de vista, al no contar con una justificación medica para ello, por lo tanto, solicito se permita valorar a la usuaria por parte de los profesionales de salud, evaluando las condiciones actuales de salud y determinar la necesidad y pertinencia o no de los elementos solicitadas (PAÑALES DESECHABLES), acogiéndonos a las conclusiones que sean emitidas y si los mismos son determinados como pertinentes, establecer las cantidades requeridas de manera mensual y de igual manera, ORDENAR directamente al FOMAG y FIDUPREVISORA, la autorización y entrega de los insumos y servicios que sean ordenados en cumplimiento del fallo judicial como aseguradores. En su defecto, CONCEDER a mi representada ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.S como IPS contratada para la prestación de servicios de salud, la facultad de RECOBRAR ante FIDUPREVISORA y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aquellos elementos o servicios que no estemos llamados a asumir al pertenecer al grupo de exclusiones de los pliegos de condiciones contratados, en el caso que deban ser suministrados, en cumplimiento de la Sentencia Judicial.

Como consecuencia de lo peticionado en el acápite anterior, solicito en forma respetuosa, MODIFICAR Y/O ADICIONAR la providencia dictada en el trámite de la referencia y todos los elementos y servicios que no estemos obligados a asumir,

por encontrarse excluidos de los pliegos de condiciones contratados, puedan ser RECOBRADOS ante el FONDO PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A, como aseguradores principales de la paciente RAMONA GRANADOS, quienes deben asumir todos los insumos y servicios que no se encuentren dentro del plan de beneficios contratado, por lo cual, no deben ser excluidos de ordenamientos, al encontrarse en cabeza de la FIDUPREVISORA, el aseguramiento de los docentes activos, beneficiarios, pensionados y grupo familiar, adscrito al Régimen Excepcional del Magisterio.

Asi mismo, se MODIFIQUE la sentencia impugnada y los ordenamientos sean dictaminados directamente contra FIDUPREVISORA y FONDO PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reiterando que es la mencionada entidad quien tiene a cargo el aseguramiento de los docentes, administrador de recursos económicos y quien establece los pliegos de condiciones y exclusiones que estamos llamados a asumir, por lo cual, solicitamos su vinculación al presente trámite para que en el caso de que sean determinados insumos que no estemos llamados a asumir y los cuales menciona el despacho en su parte considerativa para estudio, se ordene directamente a Fiduprevisora o en su defecto, se permita repetir ante la mencionada entidad, todos los gastos en que se incurra para el cumplimiento de la providencia dictada como asegurador del régimen excepcional del Magisterio.

SE ORDENE DIRECTAMENTE AL FOMAG Y FIDUPREVISORA, el suministro y ordenamientos a los cuales haya lugar como aseguradores o en su defecto, se CONCEDA a la IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A, la facultad de recobrar 100% ante la FIDUPREVISORA S.A, el valor de los insumos y servicios que sean suministrados en cumplimiento del ordenamiento judicial, los cuales se encuentran excluidos del plan de beneficios contratados y no estemos obligados a asumirlos.

FIDUPREVISORA S.A., actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio me permito IMPUGNAR la acción de tutela de la referencia, solicitándole se consideren los aspectos que se expondrán a continuación:

Consultado el aplicativo interinstitucional HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, nos permitimos informar que el accionante se encuentra en estado de ACTIVO en calidad de BENEFICIARIO en el régimen de excepción de asistencia en salud.

En cuanto a los hechos de la presente acción constitucional y que el Honorable Juez solicita pronunciamiento, hay que indicar que FIDUPREVISORA S.A., quien actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales en este caso REGION 6 ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.

En virtud de lo anterior, es claro que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de FIDUPREVISORA S.A., quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud.

PETICIONES
PRIMERO.-REVOCAR el fallo de tutela respecto FIDUPREVISORA S.A., quien actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como se explicó anteriormente, ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

SEGUNDO. - REQUERIR a REGION 6 ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A., quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este.

COMPETENCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, este Despacho Judicial, resulta competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos que la motivan, lugar donde este Juzgado ejerce su Jurisdicción Constitucional.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: *"Que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actué a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública…"*

"…Esta acción sólo procederá cuando el interesado no tenga otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Problema jurídico.-

Se trata en esta oportunidad de establecer si de los hechos narrados por el accionante quien presentó tutela en nombre propio y en agencia de su madre señora Ramona Granados Martínez se desprende una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud en conexidad con el derecho a la vida, y si es procedente por este medio ordenar a la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE que suministre en la forma ordenada los pañales para adultos y el suplemente alimentario ENSURE ADVANCE 237 M.L.

Marco Constitucional y normativo.-

El artículo 86 de Nuestra Carta Política consagra: *"Que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actué a su nombre, la protección inmediata de los derechos Constitucionales Fundamentales, cuando*

quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública…"

El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 de la Constitución Nacional, normatividad que le otorga una doble connotación, ya que además de ser un derecho de rango constitucional constituye un servicio público a cargo del Estado.

El criterio jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en materia de Derecho a la Salud ha variado ostensiblemente, ya que inicialmente negaba el carácter fundamental del mismo con base en el argumento de que para su protección se requería de acciones de orden legal y administrativo.

Posteriormente, ésta posición varió, en el sentido de que por ser considerado de segunda generación, sólo podía ser protegido a través de tutela cuando se lograra demostrar el nexo inescindible entre dicho derecho y uno del primer orden, por ejemplo el derecho a la vida, el derecho a la integridad física.

Actualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[1] ha determinado que: *"aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho, necesario para garantizar la vida en condiciones dignas, y que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido su carácter iusfundamental... Un caso paradigmático respecto de este tipo de prestaciones lo constituyen la gran cantidad de servicios, procedimientos, medicamentos, etc. que conforman el Plan de Atención Básica, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, prerrogativas respecto de las cuales, procede la acción de tutela como mecanismo de protección, sin que para el efecto sea menester alegar la amenaza o vulneración de otros derechos fundamentales."* Bajo este entendido, resulta innecesaria la valoración de la conexidad para la protección del Derecho a la Salud en sede de tutela.

Para el caso específico del suministro de pañales, la Corte Constitucional ha considerado que es una prestación destinada a que el paciente lleve unas condiciones de vida dignas y en tal sentido es amparable en tutela su suministro. Es así como en sentencia T 974 de 2011 dijo:

> **"4.1. Reiteración de jurisprudencia respecto del suministro de pañales.**
>
> Como ya se explicó en el acápite anterior el POS es un catalogo de medicamentos, procedimientos y exámenes limitado a través del cual se pretende cubrir los servicios de salud más urgentes y necesarios, sin embargo por fuera de este listado se encuentran una serie de elementos que si bien no ayudan a superar un estado de gravedad del usuario, si contribuyen a tener una vida en condiciones dignas. De manera específica este Tribunal Constitucional ha sostenido que los pañales desechables son elementos que no contribuyen al mejoramiento de la salud de los usuarios, pero si ayudan a resguardar y hacer más tolerable la existencia de aquellas personas que debido a su condición especifica de salud necesitan de manera permanente de estos elementos. Al respeto aseveró la sentencia T-053 de 2011:

[1] Corte Constitucional Sentencia T – 657 de 2008. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha 1º de julio de 2008.

"En concordancia con el imperativo constitucional de garantizar el acceso a los servicios que una persona necesita para mantener su salud, esta Corporación ha manifestado que ciertos implementos – que si bien no pueden considerarse como medicamentos u atención médica en sentido estricto – pueden ser exigibles, en determinadas circunstancias, a través de la acción de tutela, en tanto aquellos son indispensables para preservar la dignidad y calidad de vida de las personas. Específicamente, este Tribunal ha aplicado dicha consideración respecto de los pañales desechables, los cuales, aunque no revisten ninguna calidad médica, sirven para hacer más tolerable y digna la existencia de aquellas personas que están en imposibilidad de controlar sus necesidades fisiológicas".

Debido a que los pañales son elementos NO POS, el juez de tutela antes de ordenar el suministro de estos debe constatar que se cumplan los requisitos descritos en el acápite anterior. No obstante, en algunas ocasiones la Corte ha obviado el cumplimiento del tercer requisito, - la orden del médico tratante- pues ha considerado que la necesidad sobre el uso de pañales desechables salta a la vista por las enfermedades que aquejan al tutelante, a pesar que los galenos no lo hayan prescrito."

La H. Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, señaló que la exclusión de los medicamentos, procedimientos y servicios del Pan Obligatorio de Salud se justifica por limitaciones presupuestales pero, que ello no podía servir de excusa para vulnerar derechos fundamentales indicando que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en los planes de salud cuando:

1.- La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
2.- El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
3.- El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;
4.- El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado, a través de los documentos aportados por la parte actora, que la señora RAMONA GRANDOS MARTINEZ es una persona de la tercera edad, que tiene 101 años de edad, se encuentra afiliado a FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA.

Así mismo, se observa en los hechos 3 y 4 de la tutela narrados por la accionante que la señora Ramona Granados, le recetaron el suplemento alimenticio ENSURE ADVANCE 237 M/L, y por la escala de su enfermedad depende del uso de pañales debido a la incontinencia urinaria y fecal.

De igual manera, el servicio solicitado, pañales desechables, no pueden ser sustituidos por otro.

La Corte Constitucional ha señalado que, a partir de los criterios de inclusión/exclusión en el PBS previstos en el artículo 15 de la LES, existen dos tipos de servicios y tecnologías en salud:

71. Grupo 1: Los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. De acuerdo con el artículo 15 de la LES y la jurisprudencia constitucional, forman parte del PBS: *(i)* los servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos en el PBS (regla de inclusión explícita) y *(ii)* todos los servicios o tecnologías en salud que no se encuentren excluidos de forma expresa en la lista de exclusiones[121] (regla de inclusión implícita). Estos servicios y tecnologías en salud deben ser financiados con cargo a los recursos del SGSSS. Las entidades promotoras de salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) están obligadas a suministrar los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. El suministro de estos insumos sólo está supeditado al cumplimiento de un requisito: la existencia de una prescripción del médico tratante que determine que el paciente requiere el insumo[122]. La capacidad económica del paciente no es un requisito para la entrega de los servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS. En tales términos, la negativa a entregar estos insumos si existe orden médica constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud[123].

72. La Corte Constitucional ha aclarado que el juez de tutela está facultado para ordenar directamente el suministro a pesar de que no exista orden médica en dos supuestos excepcionales. Primero, cuando es un hecho notorio que el paciente requiere de los insumos. En estos eventos el juez de tutela podrá ordenar el suministro, pero deberá condicionarlo a la "posterior ratificación del profesional tratante"[124]. Segundo, existen indicios razonables que demuestren que su falta de suministro afecta la salud. En estos casos, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de *diagnóstico* y ordenará a la EPS respectiva "que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen"[125] si el paciente requiere el insumo.

73. Grupo 2: Los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. La LES dispone que no forman parte del PBS y no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las exclusiones del PBS deben estar previstas de forma "expresa, clara y determinada"[126] en la norma reglamentaria que expida el MSPS a partir de "un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente". Asimismo, las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el inciso 2º del artículo 15 de la LES[127]. Por regla general, los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos del PBS no pueden ser financiados con cargo a los recursos públicos del SGSSS.

(iii) El suministro de pañales. Reglas legales y jurisprudenciales de cobertura

76. Los pañales son una tecnología en salud que buscan contener y absorber los desechos fisiológicos de las personas que sufren de incontinencia o tienen movilidad reducida y, por lo tanto, "no pueden realizar sus necesidades en condiciones regulares"[129]. La Resolución 2273 de 2021 del MSPS, vigente al

momento de interposición de la tutela, no enumera a los pañales dentro de la lista de exclusiones del PBS. En este sentido, conforme al modelo de exclusión expresa, la Corte Constitucional ha interpretado que estos insumos forman parte del PBS. Por lo tanto, deben financiarse con cargo a los recursos públicos de los fondos del SGSSS y las EPS están obligadas a suministrarlos a los pacientes que cuenten con orden médica.

77. La Corte Constitucional ha precisado, sin embargo, que el juez de tutela puede ordenar el suministro de esta tecnología por vía de tutela, a pesar de que existe prescripción médica. Esto ocurre, entre otros, en aquellos casos en los que historia clínica u otros medios de pruebas demuestran de forma evidente su necesidad "dada la falta del control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra". En estos casos, el juez de tutela podrá *(i)* amparar el derecho a la salud en su faceta prestacional y ordenar el suministro de los pañales de forma directa condicionado "a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante"[130] o *(ii)* amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Esta segunda alternativa es procedente en aquellos casos en los que existe evidencia sobre la necesidad del insumo, pero las pruebas que obran en el expediente no dan cuenta de la periodicidad o cantidad en la que los pañales deben ser suministrados[131].

78. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, "sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud"[132]. Por lo tanto, la negativa a autorizar su suministro constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud y el mínimo vital del paciente.

4.3.2. El suministro de servicios y tecnologías en salud en el Régimen especial de Seguridad Social del Magisterio

79. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 prescribe que las reglas del Sistema Integral de Seguridad Social no se aplican a los "regímenes especiales". Estos regímenes tienen como finalidad "conceder beneficios legales"[133] y otorgar una mayor protección en seguridad social a grupos determinados de trabajadores[134]. Lo anterior, en atención a las particularidades de las labores que ejercen, las contingencias y riesgos a las que se enfrentan y la importancia de las finalidades constitucionales a las que contribuyen[135].

80. El régimen de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante "FOMAG") es un régimen especial que se rige por sus propias reglas. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, con independencia presupuestal, que tiene como fin garantizar la prestación de los servicios de salud que requieran los docentes del país y sus respectivos beneficiarios. El artículo 6º de la Ley 60 de 1993[136] dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, tienen la

obligación de afiliarse al FOMAG para recibir los servicios de atención en salud. Actualmente, los recursos del FOMAG son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A (en adelante "Fiduprevisora S.A"). La Fiduprevisora S.A tiene la obligación de contratar las instituciones prestadoras de servicios en salud (IPS) que prestarán los servicios de atención en salud a los docentes afiliados y sus beneficiarios[137]. Este régimen especial cuenta con un Plan Integral de Salud que está contenido en el Acuerdo 04 de 2004.

81. El Anexo 1 al Plan Integral de Salud el Magisterio regula las reglas de cobertura. Este Anexo prevé una regla general similar a la prevista en el artículo 15 de la LES según la cual "[t]odo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido"[138]. Asimismo, dispone de manera expresa que los pañales están excluidos del Plan Integral de Salud[139]. Los contratos que la Fiduprevisora S.A ha suscrito con las IPS para la prestación de los servicios en salud a los docentes afiliados y sus beneficiarios replican esta exclusión y precisan que los pañales no forman parte de las coberturas. Por esta razón, a pesar de que los pañales forman parte el PBS en el SGSSS en virtud de la regla de inclusión implícita (ver párr. 73 *supra*), las IPS que tienen a su cargo a la prestación de los servicios en salud del Magisterio se niegan a autorizar el suministro de dicho insumo a los docentes afiliados o los beneficiarios que los requieren.

82. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre esta problemática en múltiples decisiones de tutela y, en concreto, ha estudiado si la negativa a suministrar los pañales por parte de las IPS constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud de sus afiliados o beneficiarios. Sin embargo, la aproximación y el enfoque que las Salas de Revisión han adoptado para resolver este tipo de controversias no es uniforme. En efecto, esta Sala advierte que existen dos posturas claramente diferenciables en relación con la forma en la que las reglas de inclusión y exclusión en el PBS de los servicios y tecnologías en salud deben ser aplicadas en casos en los que el accionante se encuentra afiliado al régimen especial de salud del FOMAG y solicita el suministro de un servicio o tecnología en salud expresamente excluido del Plan Integral en Salud del Magisterio:

82.1. Postura 1. Los pañales están expresamente excluidos del Plan Integral en Salud del Magisterio. Por lo tanto, la procedencia su suministro debe examinarse a partir de la regla de exclusión expresa del régimen general. Esto implica que, en principio, no es procedente autorizar su suministro a menos de que se constate el cumplimiento de los cuatro requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar la regla de exclusión. En estos términos, los docentes afiliados al FOMAG y sus beneficiarios sólo tendrán derecho al suministro de pañales si *(i)* la falta de suministro causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, *(ii)* no existe dentro del Plan Integral en Salud del Magisterio otro servicio o tecnología que supla la función de los pañales, *(iii)* el paciente carece de recursos económicos para asumir el costo de los pañales y *(iv)* existe

orden médica. Esta posición ha sido adoptada en, entre otras, las sentencias T-248 de 2016 y T-245 de 2020.

82.2. Postura 2. No es posible que el Plan Integral en Salud del Magisterio excluya de la cobertura servicios o tecnologías en salud que forman parte del PBS. Esto, porque la Constitución no permite que el Magisterio confiera "una cobertura inferior a la prestada a los afiliados del régimen general en salud"[140]. La Fiduprevisora S.A tiene la obligación de actualizar la lista de exclusiones del régimen del Magisterio y los contratos respectivos "de conformidad a la legislación y jurisprudencia vigente en materia de salud". Los pañales están incluidos en el PBS y, por lo tanto, deben ser cubiertos por el Magisterio y suministrados a los docentes afiliados si existe orden médica. En caso de que no exista orden médica, el juez de tutela está facultado para ordenar su suministro si las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de su necesidad. Esta postura fue recientemente sostenida por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-332 de 2022. En esta decisión la Sala Segunda de Revisión concluyó que la IPS PROINSALUD S.A. vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la accionante "al negarle la entrega de los pañales desechables que requería, (…) con independencia de que en el año 2017 al celebrarse el Contrato No. 12076-011-2017 se hubiera excluido de la lista de prestaciones el suministro de pañales".

como los pañales, forman parte del PBS por no estar excluidos expresamente. El Estado y la Fiduprevisora S.A tienen la obligación legal y constitucional de suministrar estos insumos a los pacientes que los requieran con cargo a los recursos públicos del SGSSS y del FOMAG, respectivamente. La negativa a suministrar estos insumos con fundamento en la capacidad económica del paciente o su núcleo familiar constituye una barrera de acceso que vulnera el derecho fundamental a la salud y pone en riesgo el mínimo vital. Más aun cuando la paciente, como ocurre en este caso, es una adulta mayor titular de especial protección constitucional.

Ahora, si asiste razón el impugnante en cuanto a que el fallador de primera instancia determina el numero de pañales a suministrar sin contar con u criterio médico, razón por la cual se habrá de modificar esta orden para que la cantidad y periodicidad sea ratificada o modificada por médico tratante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, Administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

R E S U E L V E

1°). CONFIRMAR lo dispuesto en el numeral primero de la parte resolutiva del fallo de fecha 19 de diciembre de 2023, proferido por el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla – Localidad Suroccidente.

2°), MOFICIAR lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de fecha 19 de diciembre de 2023, proferido por el Juzgado Sexto de Pequeñas

Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla – Localidad Suroccidente, el cual quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR a CLINICA GENERAL DEL NORTE Y FIDUPREVISORIA COMO ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice pañales de adulto en la talla que corresponda a razón de 6 unidades por día (180 pañales por mes) a la señora RAMONA GRANADOS MARTINEZ, cantidad y periodicidad que se mantendrá si el médico tratante así lo determina, o podrá ser modificada por el médico tratante, luego del examen de la paciente con los debidos soportes diagnósticos.

3°). Notifíquese a las partes por el medio más expedito.

4”). REMITIR la presente acción de tutela a la CORTE CONSTITUCIONAL, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAVIER VELÁSQUEZ
El Juez

Firmado Por:
Javier Velasquez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 004
Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **506fae613c325c1961c2289c2398349b7bf91fec8d1d1362f9d2c6abbe508764**
Documento generado en 14/03/2024 03:34:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica