

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca, junio nueve (9) de dos mil veintiuno
(2.021)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 027

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-41-89-001-2021-00073-00 76-109-31-03-003-2021-00036-01
ACCIONANTE:	VICTOR VINICIO GARCIA ARAGON
ACCIONADA:	COSMITET LTDA Y OTROS
DERECHO:	SALUD

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 035 de mayo tres (03) de dos mil veintiuno (2.021), proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

La señora Amparo Valencia Aragon quien actúa como agente oficioso de su hijo Victor Vinicio Garcia Valencia, acude ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo a su derecho fundamental de la salud y la dignidad humana.

B. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

Señala la agente oficiosa que su hijo se encuentra en control por *parálisis cerebral discinética*, con el servicio médico del plan Puertos Ferro atendido por la EPS Cosmitet Ltda y la IPS Multimédica.

Indica además que la enfermedad que padece su hijo es incurable y progresiva, de la cual se devienen cantidad de síntomas secundarios como dolores, temblores, incontinencia urinaria y caídas. Que el médico urólogo el 18 de septiembre de 2020 ordenó 180 pañales tipo tena talla M para un mes, sin embargo, la EPS se niega a darle dichos elementos por no encontrarse cubiertos por el POS.

Añade que no cuenta con recursos para sufragar los gastos de su tratamiento y demás insumos que requiere esta enfermedad degenerativa.

C. El desarrollo de la acción

Mediante determinación No. 354 de 20 de abril de dos mil veintiuno (2021), se avocó conocimiento de la presente acción de tutela y se dispuso su conocimiento a la entidad accionada, concediendo el término de un día para que las partes accionadas y vinculadas procedieran a descorrer el traslado de la presente acción.

En respuesta, la empresa **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES COLOMBIA**, que como establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social reconoce prestaciones económicas legales y convencionales a los ex trabajadores, pensionados y beneficiarios de las liquidadas empresas Ferrocarriles Nacionales de Colombia y ALCALIS, que administra los servicios de salud a los pensionados y beneficiarios de la empresa liquidada Ferrocarriles Nacionales y Puertos de Colombia, debe ser conocido el presente trámite el superior jerárquico del a quo por competencia.

LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, manifestaron dentro de su actuar que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y LA SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BUENAVENTURA, solicitan se desvinculen de este asunto, teniendo en cuenta que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, manifestó que todos los servicios deben ser garantizados por las EPS, por lo que solicita se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.

COSMITET EPS, manifiesta que NO es una E.P.S que es una entidad privada, bajo la figura de sociedad limitada, que presta servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES Y SOCIALES DE COLOMBIA, bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud -IPS, figura totalmente

DIFERENTE a una EPS. Que el FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES Y SOCIALES DE COLOMBIA, tiene entre otros, el objetivo de garantizar la prestación de los servicios médicos - asistenciales, que contará con entidades de acuerdo a instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, sujetándose a las disposiciones de la Ley 91 de 1.989, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y pertinentes.

Que la integralidad no implica a priori ordenar y reconocer todos los servicios y medicamentos que se desee el accionante o su familia. La integralidad está amarrada a lo que el médico tratante considere necesario frente al estado de salud del paciente. Solicitó NO ACCEDER a las pretensiones del accionante teniendo en cuenta que están excluidas del contrato vigente entre FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y COSMITET LTDA.

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, contesto que carece de competencia, estando los servicios de salud base del amparo a cargo exclusivo de Cosmitet.

LA IPS MULTIMEDICAS - CALI y la ALCALDIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA, guardaron silencio.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación, el a quo resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante.

impugnó de manera oportuna la decisión la entidad accionada, indicando que el principio de integralidad se encuentra decantado por la Corte Constitucional, indicándose que el juez no puede fallar sobre una supuesta negativa, toda vez que no puede ir más allá del derecho que se invoca como violado, solicitando revocar la decisión de primera instancia o en su defecto, se ordene recobrar los costos generados ante el **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES COLOMBIA**, por tratarse de un régimen especial.

A su vez, el **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES COLOMBIA**, impugna la decisión y propone la nulidad de lo actuado por falta de competencia.

II. CONSIDERACIONES

La Jurisprudencia constitucional, en diferentes pronunciamientos ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos

o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

En torno al Derecho a la Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que se encuentra consagrado en el artículo 49 del Texto Superior, razón por la cual debe ser amparado como derecho fundamental y autónomo. A su vez, ha establecido que no es necesario que acaezca un riesgo letal, para acceder a la petición de tutela, puesto que dentro de sus finalidades se encuentra ser “preventiva”, es decir, está diseñada precisamente para evitar un daño irreparable². Al respecto, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 2 determinó:

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.

Adicionalmente en la sentencia T-384 del 2013 expreso que las personas requieren un servicio de salud con necesidad, cuando el mismo es indispensable para el mantenimiento de su salud y vida en condiciones dignas. Además, estableció que **es el médico tratante quién determina cuál es el servicio que necesita el paciente**, puesto que precisamente es el profesional que conoce la situación concreta del usuario, sus antecedentes médicos y en consecuencia, el tratamiento que debe seguir para el restablecimiento de su salud. En virtud de lo anterior, **si el médico tratante consideró que un procedimiento mejorará la salud del paciente, la entidad prestadora de salud tiene el deber legal de acatar lo dispuesto por el galeno**.

Respecto de la oportunidad en la que debe brindarse el servicio de salud, la Corte Constitucional explicó que: “la prestación efectiva de los servicios de salud **incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas**, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, **lleva a que la salud del interesado se deteriore**,

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

² Así lo expresó en fallo T-260 de noviembre 27 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.”³
(negrilla y cursiva fuera del texto)

Con fundamento en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio, cuya prestación está sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En virtud del principio de eficiencia, inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)⁴, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de los mismos de manera continua y eficiente. De la mencionada obligación se deriva el principio de continuidad que supone la imposibilidad de su interrupción, a menos que exista una causa legal que la justifique y que ésta se ajuste a los principios constitucionales⁵.

Este principio tiene como fin garantizar, además del principio de eficiencia señalado, el postulado de la buena fe como fundamento de la confianza legítima que una persona tiene respecto de la no interrupción de tratamientos médicos luego de que estos han sido prescritos e iniciados. En el ámbito de la salud y de la seguridad social, la continuidad en la prestación del servicio garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.

En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar:

“En aras de amparar el derecho a la salud y a la vida de las personas que acuden en tutela reclamando su protección, la Corte Constitucional ha sido insistente en afirmar que las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.”⁶ (Subraya fuera de texto)

Así mismo la alta Corporación Constitucional señaló que además estas consideraciones aplican para el servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o a sus beneficiarios, quienes por mandato legal deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud tiene fundamento constitucional⁷ y, en esa medida, su efectividad es exigible a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes.

³ Sentencia T-384 de 2013. M.P. MARIA VICTORIA CALLE.

⁴ El artículo 365 de la Constitución Política establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

⁵ Sentencia T-537 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Sentencia T – 109 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Artículo 49 de la Carta Política.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, prescribe que el sistema de seguridad social en salud se compone además de unos regímenes especiales a los cuales no le son aplicables las normas generales del sistema, en el cual se encuentra al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (FOMAG); la Ley 91 de 1989 creó dicho fondo como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y cuyo objetivo es garantizar la prestación de los servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios.

La Corte Constitucional ha establecido unas reglas para implicar el régimen de exclusiones del plan de beneficios médicos en el régimen especial de seguridad social, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en sentencia **T-248 DE 2016** indicó:

*“... Esta Corporación ha determinado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer **autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados** “no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”. De acuerdo con ello, esta Corte ha garantizado el derecho a la salud de los beneficiarios a los que, con argumento en las exclusiones de los planes, se les niega la atención de ciertas enfermedades o condiciones que requieren una intervención enunciada en ese capítulo. **En este sentido, se adoptó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión de Plan Obligatorio de Salud del régimen de Seguridad Social en Salud.***

*Así pues, este Tribunal ha desarrollado, en base a jurisprudencia, el criterio según el cual, los procedimientos, tratamientos o medicamentos expresamente excluidos de un plan de beneficios, **deben ser suministrados a los pacientes cuando la prestación de los mismos amenace derechos constitucionales tales como la salud, la vida, la integridad personal y la dignidad humana.***

*En este orden de ideas, se identificaron unos criterios que deben ser verificados con el objetivo de **inaplicar el POS** y ordenar el suministro, estos son:*

- (i) **Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;***
- (ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida de relación del paciente;*
- (iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*
- (iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción*

de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizadora de la prestación está autorizada a cobrar”⁸ (resaltado fuera de texto)

Ahora, teniendo en cuenta que el inconformismo de la entidad impugnante, radica en la orden de prestación del servicio de salud de manera integral, este despacho entrará a estudiar el principio de integralidad en el servicio de salud, y si las reglas jurisprudenciales proferidas por la Corte Constitucional, se enmarcan al caso concreto, con el fin de verificar la procedencia o no de dicha pretensión.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 definió el principio de integralidad así: “(...) *se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante*”.⁹

En sentencia T-178 de 2011, se anotó que “*la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud*”¹⁰. En otras palabras, la integralidad responde “**a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva**”¹¹. (Negrilla fuera de texto).

Para la Corte, el **principio de integralidad**, tiene como fin el mejorar las condiciones existenciales de los pacientes, bajo la garantía de todos los servicios médicos, que los galeno consideren necesarios para el restablecimiento de la salud bajo condicione de i) calidad y ii) oportunidad, es por ello, que las empresas promotoras de salud, tienen la obligación de no poner trabas frente a los requerimiento médicos con procesos y trámites de carácter administrativo que imposibilite a los usuarios el accesos a los medios necesarios en pro de garantizar el derecho a la salud.¹²

Descendiendo al caso puesto a consideración y de acuerdo a la jurisprudencia señalada, tenemos que la agente oficiosa manifiesta que su hijo se encuentra en control por *parálisis cerebral discinética*, siendo esta

⁸ Sentencia T-248 de 2016. M.P. GABRIEL EDURDO MENDOZA MARTELO

⁹ T-760 de 2008. M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

¹⁰ Ver entre otras, sentencias T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-136 de 2004, T-760 de 2008, T-289 de 2013, T-743 de 2014, T-421 de 2015 y T-036 de 2017.

¹¹ Sentencia T-178 de 2011.

¹² Sentencia T-032 de 2018. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

una enfermedad incurable y progresiva, de la cual se devienen cantidad de síntomas secundarios como dolores, temblores, incontinencia urinaria y caídas. Que el médico urólogo el 18 de septiembre de 2020 ordenó 180 pañales tipo tena talla m para un mes, sin embargo, la EPS se niega a darle dichos elementos por no encontrarse cubiertos por el POS.

Es evidente que esta negativa va en contra de los precedentes señalados por el alto Tribunal Constitucional y que fueron atrás expuestos, más si se tiene en cuenta que el accionante Víctor Vinicio García Valencia requiere de un servicio que debe ser diligente e integral para contrarrestar su rápido avance y no verse afectado su salud y vida; por ello, es menester brindándole todos los servicios, exámenes, procedimientos y medicamentos que le prescriba los galenos tratante adscritos a su red de prestadores, con el fin de salvaguardar la salud y vida de la accionante.

De otro lado, frente a la solicitud de ordenar el recobro ante el **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES COLOMBIA**, se niega la solicitud en el entendido que el recobro, al tener un origen legal y reglamentario, la sentencia de tutela no es el mecanismo apropiado que lo faculta para realizarlo.¹³ Por lo tanto, el Juez Constitucional ya no es el que debe pronunciarse sobre este tema y las EPS son las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso.

Por tal razón no es necesario emitir un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se confirmará la decisión que en tal sentido se adoptó en el fallo que se revisa.

Por último, frente al escrito allegado por el **FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES COLOMBIA**, donde alega la falta de competencia del a-quo, frente a la decisión impetrada, este despacho encuentra que este, actuando dentro de su autonomía judicial, prevaleció las reglas de competencia establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, el cual ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por la Corte Constitucional entre ellos la A-434 de 2019, ratificada actualmente con la providencia A-212 de 2021.

Así las cosas, se hace necesario confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura.

DECISIÓN

¹³ Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia objeto de la impugnación, proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura, con fundamento en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: Notifíquese a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Tercero: ENVIESE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(FIRMADO ELECTRONICAMENTE)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ

Firmado Por:

ERICK WILMAR HERREÑO PINZON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 CIVIL DEL CIRCUITO BUENAVENTURA

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:

96ee47ed76ac15c2ee41ed81395d8bc4d495a7a0c5badb23233201297
2114e76

Documento generado en 09/06/2021 01:01:14 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>