

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



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca, agosto treinta y uno (31) de dos mil
veintiuno (2.021)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 043

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION: 76-109-40-03-004-2021-00148-00
76-109-31-03-003-2021-00059-01
ACCIONANTE: EDELMIRA OLAYA
ACCIONADA: COSMITET LTDA
DERECHO: SALUD

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 058 de agosto 10 de dos mil veintiuno (2.021), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

La señora EDELMIRA OLAYA, a través de su agente oficiosa DEISY RODRIGUEZ HERNANDEZ, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su derecho a la salud, que consideró vulnerado por la entidad Cosmitet LTDA.

B. Los hechos

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

Indica la agente oficiosa, que su madre presento trastorno de vejiga, amputación supracondílea izquierda y depende de familiares para realizar micción y deposición en pañal.

Alude que el medico tratante en el plan especifica que amerita pañales desechables para el control y manejo del trastorno.

Por lo tanto, solicita que se le ordene en la entidad accionada que autorice y entregue los pañales desechables tena M, 90 al mes y el suministro oportuno de manera integral

C. El desarrollo de la acción

Mediante auto No. 1062 de julio dieciséis (28) de dos mil veintiuno (2.021), se avocó conocimiento de la solicitud, disponiendo a vincular de oficio a este tramite al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERALDE DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) corriendo traslado a la accionada así como a las vinculadas, para así ejercitaran el derecho de defensa que asiste y allegaran las pruebas que pretendieran hacer valer

La entidad de salud **COSMITED LTDA.- CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CIA LTDA**, manifiesta dentro del termino de traslado que no es una EPS, no capta dinero de los afiliados, tampoco establece quienes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o beneficiarios, pues todas estas funciones radican en fondo pasivo social ferrocarriles y sociales de Colombia en su carácter de administradora de los recursos de los usuarios afiliados al programa de Puertos y Ferros de Colombia.

Además, expone que los pañales se encuentran definidos como una exclusión dentro del pliego de beneficios suscrito por el fondo y que las prestaciones que se deriven de la integridad deben ser determinables y que no recaigan sobre cosas futuras e inciertas.

El fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social y la Administradora de los Recursos del Sistema General del seguridad en salud (adres) guardaron silencio.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación Tutelo, el derecho fundamental de salud a favor de Edelmira Olaya.

Inconforme con la decisión, la entidad Cosmitet LTDA, impugnó de manera oportuna, considerando 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 por

estar taxativamente excluida de la Ley 100 de 1993, tal como aparece descrito en el Art. 279 de la misma.

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 NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por tratarse de un régimen especial.

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 el 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

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.

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, 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:

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.

*“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.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, prescribe que el sistema de seguridad social en salud se compone además de un nos 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 del servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios.

La Corte Constitucional ha establecidos 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** indico:

*“... 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.***

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

⁷ Artículo 49 de la Carta Política.

Así pues, este Tribunal ha desarrollado, en basta 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*

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

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

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

*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 accionante EDELMIRA OLAYA, le fue detectado un trastorno de vejiga, amputación supracondílea izquierda, además de manifestar a través de su agente oficioso que es dependiente para realizar sus necesidades fisiológicas en pañal, motivo por el cual el médico tratante ordeno el uso de pañales desechables para el control y manejo del trastorno, y hasta la fecha no han sido autorizados ni entregados, situación que la accionante considera preocupante, toda vez que los requiere para su uso diario.

Por lo anterior, este despacho encuentra que debido al diagnóstico que presenta la señora EDELMIRA OLAYA, se deberá brindarle el tratamiento integral que ella requiera para el mejoramiento de su salud y de su vida, 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 PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), este Despacho tiene la necesidad de cambiar su criterio de ordenarlo por medio de providencia judicial, en el entendido que el recobro, al tener un origen legal

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

y reglamentario, la sentencia de tutela no es el mecanismo apropiado que lo faculte para realizarlo.

En efecto, la Corte Constitucional, ha venido destacando que:

“(...) el fundamento del recobro de una entidad ante el FOSYGA no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentación legal. No obstante, como forma de protección y para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, el legislador introdujo en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 la regla de recobro parcial, según la cual, el FOSYGA no puede pagar a una EPS que tramitó inadecuadamente la solicitud de un usuario para acceder a un servicio de salud, más del 50% del monto a que la misma tenga derecho a repetir por haber incurrido en costos que no le correspondía asumir. Así, teniendo en cuenta la legislación vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de la presente tutela, y con el objeto de alcanzar el fin originalmente propuesto por el legislador, la Sala aplicará dicha regla al caso concreto.”¹³

Antes de la derogatoria del Literal “j” del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el Juez Constitucional se pronunciaba sobre el recobro facultando efectuarlo en la cuantía correspondiente. Sin embargo con la nueva legislación, ordenar por vía de tutela la prestación de un servicio de salud, ya no genera como consecuencia la restricción en el recobro; de esta forma el Juez Constitucional ya no es el que debe pronunciarse sobre este tema y las EPS`S 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.

Así las cosas, se hace necesario confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esta ciudad, con fundamento en la parte motiva de la presente providencia.

DECISIÓN

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:

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

Primero: CONFIRMAR la sentencia No. 058 de agosto 10 de dos mil veintiuno (2.021), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esta ciudad, 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: ENVIASE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(firmado electrónicamente)

ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ

Firmado Por:

Erick Wilmar Herreño Pinzon
Juez Circuito
Civil 003
Juzgado De Circuito
Valle Del Cauca - 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:

d0788c9a950faa6ce68df9e017862c38f3006d4a5426cfa9519af21b8914881d

Documento generado en 31/08/2021 05:27:11 p. m.

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