



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

**JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON
FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MANIZALES – CALDAS**

ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Radicación: 17001-40-71-003-2020-00024-01

Origen: Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías

Agente oficioso: Marcelo Henao Murillo
C.C. 75.066.465

Agenciado: María Emma Murillo de Henao
C.C. 24.286.913

Demandados: Cosmitet LTDA

Vinculados: Fiduprevisora S.A.
Unión Temporal Magisterio Región 4

Providencia: Sentencia No. 024

Manizales, mayo veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

I. TEMA

Dentro del término legal, el Despacho resuelve la impugnación interpuesta contra la sentencia que profirió el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso 17001-40-71-003-2020-00024-01.

II. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.1. LA IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDANTE, LOS HECHOS, PRETENSIONES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El señor Marcelo Henao Murillo se identifica con la C.C. 75.066.465, tiene domicilio en Manizales, Caldas, dirección para notificaciones: carrera 22 No. 67 A – 164, Conjunto Cerrado Bartolomé de Las Casas, casa 21, Laureles, Manizales, Caldas, teléfonos: 314 667 38 04, marzelohm@hotmail.com, en calidad de agente oficioso interpone acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, la seguridad social y la vida de la señora María Emma Murillo de Henao, C. C. 24.286.913.

El señor Marcelo Henao Murillo explica que su agenciada acudió a médico particular por cuanto Cosmitet LTDA no prestó oportunamente el servicio VALORACIÓN POR LA ESPECIALIDAD DE CIRUGÍA VASCULAR; el profesional le diagnosticó a la señora María Emma Murillo de Henao, ARTERIOESCLEROSIS DE LAS ARTERIAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES, en consecuencia, ordenó PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS). Cosmitet LTDA no autorizó la aplicación del tratamiento pese a que este es necesario para evitar mayores perjuicios en la salud de la afiliada a esa entidad.

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

El señor Marcelo Henao Murillo solicitó al Juez que ordene a Cosmitet LTDA autorizar y suministrar el tratamiento PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS), a la señora María Emma Murillo de Henao, en las condiciones prescritas por el Médico, Roberto Fominaya, es decir, mediante hospitalización en el SES Hospital de Caldas de la ciudad de Manizales. El demandante también solicita al Juez que ordene a Cosmitet LTDA prestar tratamiento integral.

1.2 LA IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDADO Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA “COSMITET LTDA”

La sociedad comercial recibe notificaciones en la calle 65 No. 24 – 37, Manizales.

El señor Carlos Andrés González Ossa, Apoderado Judicial de la persona jurídica, contestó la demanda, frente a la pretensión para el suministro de PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS) enfatizó que el servicio por el que reclama la señora María Emma Murillo de Henao no lo ordenó médico adscrito a la red de la entidad. Para contestar a la solicitud relativa a que el SES Hospital de Caldas preste el tratamiento, señaló que Cosmitet LTDA tiene libertad de configurar su red de prestadores. En materia de tratamiento integral, aseveró que no se cumplen los presupuestos para concederlo.

El señor Carlos Andrés González Ossa solicitó exonerar de responsabilidad a la entidad, declarar que no existe vulneración del derecho; en el caso de ordenar un servicio o un medicamento, prever que la prestación o el suministro sea realizado por medio de una entidad con la que Cosmitet LTDA tenga vínculo contractual; por último, vincular a la IPS Oncólogos del Occidente S. A.

FIDUPREVISORA S.A. EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR FIDUCIARIO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-

La entidad recibe notificaciones en la calle 72 No. 10 – 03, teléfono: (1) 5 94 51 11.

No contestó la demanda pese a que el Juzgado de primera instancia le notificó en debida forma el auto que ordena vincularla al proceso.

2. DE LA ACTUACIÓN Y SENTENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, admitió la acción de tutela en auto del 7 de abril de 2020, ordenó vincular en calidad de litisconsorte necesario por pasiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la Unión Temporal Magisterio Región 4 y a la Fiduprevisora S.A.

Mediante la sentencia No. 026 del día 21 de abril del presente año, luego de anotar los hechos, las pretensiones, hacer un recuento de la actuación procesal y examinar juiciosamente la normatividad y la jurisprudencia que se aplican al caso concreto, decidió tutelar los derechos fundamentales de la señora María Emma Murillo de Henao.

3. LA IMPUGNACIÓN

La parte demandante presentó recurso de impugnación, estima que el término que el Juez de primera instancia le otorgó a Cosmitet LTDA para prestar el servicio de consulta médica por CIRUGÍA VASCULAR es muy extenso y no se compadece con el delicado estado de salud de la señora María Emma Murillo Henao, también manifiesta inconformidad frente a la decisión relativa al tratamiento con PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS).

III. PRUEBAS RELEVANTES

El Juzgado resolverá a partir de las pruebas que fueron recaudadas en primera instancia

IV. CONSIDERACIONES

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Después de establecer las posiciones de las partes, el Juzgado procede a definir si la decisión de primera instancia, por la cual el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, concedió parcialmente el amparo tutelar al señor Marcelo Henao Murillo , se ajusta a la doctrina constitucional sobre la protección del derecho fundamental a la salud, y a la normatividad que regula el tema, además, si guarda conformidad con el acervo probatorio del proceso.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Juzgado encuentra que están dados los presupuestos procesales para proferir fallo de fondo, a saber:

2.1 De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, corresponde a este Juzgado conocer de la impugnación formulada por la accionante dentro de la presente acción de tutela.

2.2 La demanda cumple los requisitos generales del Decreto 2591 de 1991: relación de los hechos y de los derechos que se consideran vulnerados, identificación de la autoridad o personas contra la cual se impetra la tutela, capacidad sustantiva y procesal de las partes, a quienes les asiste interés en la resolución constitucional del asunto planteado.

3. LA ACCIÓN DE TUTELA

Según el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un instrumento de protección, por el cual toda persona puede acudir a la jurisdicción frente a la vulneración de sus derechos fundamentales, por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, y excepcionalmente de particulares, por esta razón, su procedencia no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la falta de otro medio de defensa, a menos que el afectado lo utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

El artículo 49 de la Constitución Política dispone que el derecho a la salud tiene una doble connotación, servicio público y derecho constitucional fundamental.

La ley 1751 de 2015, estatutaria del derecho fundamental a la salud, define su naturaleza y contenido, regula el ejercicio de esta garantía y establece los mecanismos de protección, sobre los dos primeros puntos, prevé la norma:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. 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”.

A su vez, en el artículo 3, acerca del ámbito de aplicación, señala:

“ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud”.

En la sentencia C-313 de 2014, de revisión constitucional del proyecto de la Ley Estatutaria de Salud, la Corte Constitucional estableció las pautas precisas de interpretación del texto de la norma; en lo que atañe a los atributos y lo que está comprendido en el derecho, artículo 2 de la Ley, la Corporación explicó que la salud debe ser entendida al igual que en la Observación General 14 de 2000, con carácter inclusivo en relación con los factores que la determinan, y como el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud; este último asunto mereció la siguiente reflexión:

“En cuanto a lo que comprende el derecho a la salud, advierte la Corte que la prescripción tal como la estableció el legislador estatutario, presenta algunas diferencias respecto de lo señalado en parámetros relevantes de interpretación del derecho a la salud, como lo es la observación 14 (sic) varias veces mencionada. Se ha indicado en el marco normativo del derecho a la salud que, dicha observación 14 se constituye en la interpretación autorizada del PIDESC y, esta Corporación, en sus diferentes Salas de Revisión, la ha estimado como referente relevante para resolver asuntos puestos a consideración del Juez Constitucional...

El mandato estatutario preceptúa que el derecho comprende el acceso a los servicios de salud y, el pronunciamiento internacional citado, en su párrafo 9 precisa que **“el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud”** (negritas fuera de texto). Nótese como la Observación General establece como deber la comprensión del derecho en los términos citados...

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

...

Como se puede apreciar, cada uno de los elementos esenciales comporta tres factores, cuales son, establecimientos, bienes y servicios. Advierte la Corte que la exclusión de alguno de tales medios, no desarrolla lo dispuesto en la precitada Observación del Comité y compromete la realización del derecho. Para la Sala, la mera alusión al servicio podría conducir a una interpretación lesiva para el contenido esencial del derecho fundamental a la salud, siendo procedente advertir desde ahora lo inaceptable de una lectura restrictiva del enunciado. La garantía del derecho requiere que se prohíba una interpretación constitucional del mandato, congruente con los postulados del Estado Social de Derecho y, en particular, con la búsqueda del goce efectivo del derecho. En consecuencia, la Sala declarará la exequibilidad del texto “Comprende el acceso a los servicios de salud”, pues, dicha expresión implica también como mínimo, el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud”.

También es necesario detenerse en las pautas de interpretación del texto del artículo 3, que identifica los sujetos con derechos y obligaciones respecto del mismo, acerca de este tema, dijo la Corte Constitucional:

El artículo 3° del Proyecto indica a quienes se refiere, como destinatarios de algún modo, la ley estatutaria. **Inicialmente cabe advertir que en virtud del carácter general de la Ley, esta debe aplicarse a todo aquel que resulte incurso en los supuestos contemplados por los preceptos estatutarios contenidos en el Proyecto...**

Para el Tribunal Constitucional el listado de sujetos que entran en la categoría de agentes y usuarios a los que se refiere el artículo 3 debe ser leído acorde con los términos que se coligen del artículo 49 y de los párrafos citados de la observación 14. Para la Corporación, la expresión “*demás que intervengan de manera directa o indirecta en la garantía del derecho fundamental a la salud*”, permite afirmar que se trata de una lista abierta, cuya concreción, se irá alcanzando en la medida en que la afectación y/o la relación con el derecho lo vayan poniendo de presente. Para la Sala, esta concepción de sujetos destinatarios de la ley en materia de salud, supera lo que Tanzi y Papillú describen como la noción básica de obligación pero aplicada al derecho a la salud, pues, la preceptiva citada destaca la multiplicidad de sujetos con responsabilidades directas e indirectas, involucrados.

(...)”

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 consagra en el artículo 8 el principio de integralidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

Al examinar el artículo 8, la Corte Constitucional, en la sentencia ya citada, destacó tres aspectos que afectarían la constitucionalidad de la norma, el primero de ellos la definición de servicios y tecnologías en el sentido de “toda una gama de facilidades bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud”; el segundo, el principio pro homine como criterio para resolver las dudas sobre el alcance de un servicio o tecnología cubierto por el Estado; y el tercero, la exclusión de los vocablos, “vinculación directa” y “vinculación indirecta” con el tratamiento, que establecían una restricción injustificada del derecho. En esta ocasión, tiene mayor relevancia, lo dicho en la sentencia C-313 de 2014, sobre el principio pro homine:

“...

El segundo asunto que ocupó al Tribunal Constitucional en relación con este precepto fue el contenido del inciso 2, en el cual, se consagró un principio para resolver las dudas sobre el alcance de un servicio o tecnología cubierto por el Estado. La Corte consideró que, el precepto es una expresión del principio *pro homine*, previamente considerado y avalado por esta Corporación cuando se analizó el literal *b* del artículo 6 de este mismo cuerpo legal. Una lectura del mandato que desconozca esta valoración hecha por el Tribunal Constitucional, estará no solo desconociendo lo ordenado por el legislador, sino, de contera, poniendo en riesgo derechos de la persona humana con todas las consecuencias que ello comporta. Advirtió la Corte que quien espera un servicio o tecnología en salud, se encuentra frecuentemente en una situación de vulnerabilidad, al menos, por dos motivos, de un lado, el propio padecimiento que pesa sobre su humanidad y, de otro, la ausencia de información calificada dejándolo a la contingencia de lo que le refiera el poseedor de la misma...”.

En consonancia con la regla que formuló la Corte Constitucional, se deberá entender que el Sistema garantizará todas las facilidades bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud.

Este derecho, sin embargo, se encuentra limitado por las exclusiones expresas y taxativas que estableciera el Legislador, pero, es indispensable destacar que la Corte Constitucional reiteró la posibilidad de aplicar la excepción de constitucionalidad frente a las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud PBS, siempre y cuando se cumpla el presupuesto “requiere con necesidad”, que desarrolló ampliamente en la sentencia T-760 de 2008.

Al momento de dictar la orden de atención integral, el Juez tendrá en cuenta, además, las condiciones que expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-558 de 2017:

“5.1. En consonancia con lo establecido en diferentes disposiciones legales, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la atención en materia de salud debe ser integral, es decir, debe involucrar todas las prestaciones y servicios que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

5.2. El artículo 8º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, titulado “la integralidad”, establece que todos los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa con el

objetivo de prevenir o curar las patologías que presente el ciudadano y, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud del paciente y su sistema de provisión, cubrimiento o financiación. El aparte normativo también señala que la responsabilidad en la prestación de un servicio médico no se podrá fragmentar bajo ningún caso.

5.3. No obstante, el concepto de integralidad no implica que la atención médica opere de manera absoluta e ilimitada, por el contrario, debe existir un diagnóstico médico que haga determinable, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar en aras de garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal, salvo situaciones excepcionálísimas". Subraya y negrilla propias.

5. RÉGIMENES DE EXCEPCIÓN

5.1 Según el artículo 279 La Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social también está integrado por regímenes de carácter especial, cuyos afiliados, sin embargo, se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales que rigen el Sistema General en Salud.

Tienen régimen de excepción los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, las personas a las que se aplica el Decreto 1214 de 1990 y los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

La jurisprudencia constitucional ha aceptado que se aplicarán las consideraciones hechas sobre el derecho a la salud, incluso en los casos de los regímenes de excepción del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Eventos en los que rigen también los principios constitucionales relacionados con la prestación del servicio de salud. Así, por ejemplo, en la sentencia T-680 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, al resolver en un asunto donde el accionante solicita el suministro de medicamentos o insumos, denegados por la EPS por no encontrarse dentro del plan obligatorio de salud dijo:

"4.23. Por otra parte, esta Corporación ha considerado que dichas reglas jurisprudenciales son aplicables a los regímenes de excepción contemplados en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales, se encuentra el de "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en la medida en que la Corte ha asimilado el POS, al Plan de Beneficios y Coberturas. En efecto, por vía analógica, la Corte ha sostenido que a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios".

En la sentencia T-639 de 2011, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, reiteró:

"Ahora bien, esta Corte no desconoce el hecho que dentro del Plan de Atención en Salud del Magisterio existen unas exclusiones, dentro de las cuales se enmarca el tratamiento ordenado por la odontóloga particular en el caso de marras. Sin embargo, es pertinente resaltar que la prestación del servicio de salud por parte de las entidades que conforman el régimen de salud de los afiliados al FNPSM –así sea un régimen exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993-, debe darse respetando y acatando de manera íntegra los principios consagrados en la Constitución

Política, el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional respecto del derecho fundamental a la salud.

Por lo tanto, si bien es cierto que el tratamiento ordenado de manera particular a la peticionaria se encuentra excluido del Plan de Atención en Salud del Magisterio, lo anterior no eximía de manera alguna a la entidad de prestar el servicio atendiendo los principios de integralidad y calidad, inherentes al derecho a la salud y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte”.

5.2 Régimen de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Entre los regímenes de excepción que contempla el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Este fondo fue creado por la Ley 91 de 1989, con el propósito de brindar cobertura en salud a los docentes vinculados a las plantas de personal de los organismos territoriales. Al tenor del artículo 3 de la disposición, el fondo es una “una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital (...)”.

La Ley 91 de 1989 señala en el artículo 5 que uno de los objetivos principales del fondo será “2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo”¹.

Para la organización del servicio existe un plan de beneficios y cobertura distinto por zonas del territorio, los servicios que cada plan comprende son señalados por el Consejo Directivo del fondo. **Por tanto, el régimen de seguridad social en salud para los afiliados está determinado por el respectivo contrato suscrito entre la sociedad fiduciaria que administra los recursos del fondo y la empresa que asume la atención de los usuarios.**

Esto, sin embargo, no afecta la aplicación de los principios y valores constitucionales:

“No obstante, la normativa que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no especificó claramente los servicios mínimos a los que tienen derecho los afiliados al Fondo, en tanto dichas prestaciones asistenciales varían dependiendo de los parámetros que fije el Consejo Directivo del Fondo y de la situación económica de cada uno de los Departamentos del país.

Por esta razón, tiempo atrás esta Corporación en la Sentencia T-348 de 1997 puntualizó que: “el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se fija a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria y la empresa que preste los servicios médico-asistenciales.” (...)

“...las entidades oferentes en cada uno de los departamentos, pueden brindar coberturas más amplias y servicios adicionales...”.

¹ En consonancia con esto el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para recibir los servicios que por disposición legal han de ser prestados por este mecanismo.

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

Ante esta situación, por no existir homogeneidad en los servicios médicos asistenciales prestados en este régimen especial, es pertinente tener en cuenta que hasta que el sistema no se consolide y preste los servicios en forma universal y en condiciones de igualdad para todos, en el caso de los docentes vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, la prestación depende de la oferta de servicios que haya en cada región y la disponibilidad de recursos con que cuente cada Departamento, los cuales deben estar plasmados en el respectivo contrato de fiducia, sin que por ello se deba entender que se pueden desconocer los principios y valores contemplados en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte”.

V. CASO CONCRETO

1. PRESENTACIÓN

La señora María Emma Murillo de Henao tiene diagnóstico de ARTERIOESCLEROSIS DE LAS ARTERIAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES. El agente oficioso de la señora Murillo Henao manifestó que Cosmitet LTDA no prestó los controles médicos especializados con la debida frecuencia, esto los obligó a consultar con médico particular; el profesional que atendió a la señora María Emma Murillo de Henao ordenó PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS), servicio que Cosmitet LTDA se negó a prestar.

El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, concedió el amparo. La parte demandante presentó recurso de impugnación, estima que el término que el Juez de primera instancia le otorgó a Cosmitet LTDA para prestar el servicio de consulta médica por CIRUGÍA VASCULAR es muy extenso, también manifiesta inconformidad frente a la decisión relativa al tratamiento con PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS).

Según las pruebas, en el presente caso y con respecto a las pretensiones del demandante acaece el fenómeno de la carencia actual de objeto, en tal sentido se pronunciará este Juzgado; y por otro lado, de oficio, con el propósito de garantizar la efectividad de la orden de tratamiento integral que dictó la primera instancia, esta instancia revisará lo relativo a la desvinculación de la Fiduprevisora S. A.

2. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO POR PASIVA

El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, admitió la acción de tutela en auto del 30 de octubre de 2018, ordenó vincular en calidad de litisconsorte necesario por pasiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la Unión Temporal Magisterio Región 4 y a la Fiduprevisora S.A.

La Fiduprevisora S. A. tiene la administración fiduciaria del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del contrato con el Ministerio de Educación – La Nación. En cumplimiento de las obligaciones que adquirió, la Fiduprevisora S. A. suscribió el contrato 12076-009-2017 con la **Corporación Servicios Médicos Internacionales THEM & CIA LTDA – COSMITET LTDA. NIT. 830.023.202-1**, para la prestación de servicios de salud a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la **REGIÓN 9**, la cual comprende los municipios de Caldas, Quindío y Risaralda; al tenor del plazo estipulado en la cláusula cuarta del acuerdo, el contrato se encuentra vigente. El contrato 12076-009-2017 (INVITACIÓN PÚBLICA No 002 – 2017) está disponible para consulta del público en la dirección <https://www.fiduprevisora.com.co/invitacion-publica-no-002-de-2017-fomag/>, con este informe allego el documento que descargué.

La Fiduprevisora S. A. también informó en la página web institucional que, para efectos de la prestación de servicios de salud, los departamentos del Casanare, Boyacá y Meta conforman la **REGIÓN 4**, los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de estos departamentos están a cargo de la **UT Medisalud, NIT. 901.153.500-6**, en los términos del contrato 12076-002-2018 (INVITACIÓN PÚBLICA No 006 – 2017), que está disponible para consulta del público en la dirección <https://www.fiduprevisora.com.co/invitacion-publica-no-006-de-2017/>.

En conclusión, el Juzgado de primera instancia ordenó vincular a una entidad -UT MAGISTERIO REGIÓN 4- sin certeza de que esta exista, pero sobre todo caso sin interés en el asunto porque según las pruebas la señora María Emma Murillo de Henao reside en la ciudad de Manizales, que pertenece a la región 9, a cargo exclusivamente de Cosmitet LTDA.

En este orden de ideas la ausencia de constancias de notificación de la UT MAGISTERIO REGIÓN 4 no tiene ninguna incidencia, en otras palabras no impide seguir con el estudio de la impugnación.

3. ESTUDIO DE LA IMPUGNACIÓN

3. 1 CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO EN RELACIÓN CON LA REALIZACION DE UNA VALORACIÓN POR LA ESPECIALIDAD DE CIRUGÍA VASCULAR

Existe carencia actual de objeto por hecho superado cuando la pretensión del demandante es satisfecha en el transcurso del trámite del proceso; evidentemente debe tratarse del cumplimiento pleno de la carga a la que estaría obligada la parte demandada; si prevalece, aunque sea en parte, la causa que dio lugar a la acción de amparo, todavía quedaría motivo para la intervención judicial:

“A partir de allí, la Corte ha aclarado que el fenómeno de la carencia actual de objeto se produce cuando ocurren dos situaciones específicas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado, agregando una más denominada como el acaecimiento de una situación sobreviniente.

La primera hipótesis “se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor.

Cuando se presenta ese fenómeno (hecho superado), en términos de decisiones judiciales, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo sino cuando estime necesario, “hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”.

(...)”².

² Sentencia T-02 de 2018.

El señor Marcelo Henao Murillo informó que la señora María Emma Murillo de Henao asistió a valoración por la especialidad de CIRUGÍA VASCULAR, esto por cuenta de Cosmitet LTDA. El demandante aportó copia de la historia clínica, quiere decir que se presentó el fenómeno del hecho superado, en esa medida, carece de objeto realizar cualquier pronunciamiento en torno a cuestión específica de la cita médica.

3. 2 CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SOBREVINIENTE EN RELACIÓN CON EL SERVICIO PROSTAGLANDINAS VENOSAS 80 MG DÍA – ALPOSTRAPINT (21 DÍAS)

El señor Marcelo Henao Murillo aportó copia de la historia clínica en la que consta que la señora María Emma Murillo de Henao asistió a valoración por la especialidad de **CIRUGÍA VASCULAR**, por cuenta de Cosmitet LTDA; en concepto del Médico, Carlos Eduardo Gómez Vera, la paciente no es tributaria de ciclo de prostaglandinas, se indica continuar manejo con cilostazol, 50 mg cada 12 horas por 90 días, se indica caminata diaria, control al finalizar el ciclo de cilostazol.

En consonancia con lo anterior, el tratamiento que se negó a prestar Cosmitet LTDA no corresponde al que según el especialista en Cirugía Vascular se requiere en las condiciones actuales de la paciente, esta circunstancia ajena a la voluntad de las partes, constituye un hecho sobreviniente que conlleva una carencia de objeto, por tanto, conforme los lineamientos jurisprudenciales, excluye todo pronunciamiento en relación con la pretensión concreta:

“La primera de estas figuras, regulada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, **como producto del obrar de la entidad accionada**, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, esto es, tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto, **(i)** se superó la afectación y **(ii)** resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer.

La segunda de las figuras referenciadas, consiste en que a partir de la vulneración *ius-fundamental* que venía ejecutándose, se ha **consumado el daño o afectación** que con la acción de tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela imparta una orden al respecto.

Para finalizar, se ha empezado a diferenciar por la jurisprudencia una tercera modalidad de eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela termina por carecer por completo de objeto y es en aquellos casos en que, como producto del acaecimiento de una **“situación sobreviniente” que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada**, la vulneración predicada ya no tiene lugar, sea porque el actor mismo asumió una carga que no le correspondía, o porque, a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la *litis*”. Subrayas y negrillas ajenas al texto original. Sentencia T-379 de 2018.

3. 3 ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE COSMITET LTDA EN CUANTO A LA ATENCIÓN EN SALUD DE LA SEÑORA MARÍA EMMA MURILLO DE HENAO

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

Nación. La competencia para la asistencia médica en el régimen de los docentes corre a cargo de este fondo por mandato de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989. Una entidad fiduciaria estatal maneja los recursos que integran el fondo.

Por disposición de la Ley, la fiduciaria contratará, siguiendo las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, las entidades que prestaran los servicios médico-asistenciales al personal docente.

En el caso de los Departamentos de Caldas, Quindío, Risaralda (región 9), la Fiduprevisora S.A. celebró el contrato No. 12076-009-2017 con la Corporación de Servicios Médicos Internacionales THEM Y CIA LTDA “Cosmitet LTDA”³, en virtud del cual, la última entidad se compromete, CON AUTONOMÍA TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA, a prestar los servicios de salud del plan de atención integral a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

- OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA

➤ OBLIGACIONES DEL SISTEMA DE SALUD

1. Garantizar a los afiliados del FNPSM los beneficios del Plan de salud del Magisterio, en el marco del modelo de atención exigido en el documento de selección de contratistas y en condiciones que garanticen la adecuada, integral y oportuna atención de los afiliados, de acuerdo con sus necesidades y cumpliendo con lo establecido en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, en términos de oportunidad, pertinencia, suficiencia, continuidad e integralidad de la atención.
2. Garantizar el traslado de los pacientes remitidos a otros municipios en los términos establecidos en el Anexo No 01 y 03 del documento de selección de contratistas.
3. Responder de manera integral por el manejo del riesgo en salud y la garantía de los servicios de salud incluidos en el contrato.
4. Implementar mecanismos y procedimientos definidos y documentados en referencia y contra referencia de pacientes, ajustados a las normas que regulan la materia, con mecanismos ágiles, oportunos, apoyados en plataformas de información y comunicaciones que ordenen y faciliten los trámites a los afiliados.
5. Garantizar la atención de los principales riesgos de salud que afectan a los afiliados del Magisterio a través de programas que permitan la estandarización de intervenciones, la optimización de los recursos disponibles, la potenciación de las intervenciones en diferentes planos de la realidad, la minimización de barreras de acceso a la atención, medicamentos o insumos requeridos en el tratamiento, la incorporación rápida de avances tecnológicos, el mejoramiento continuo del proceso de atención y de la competencias del talento humano asociado, una mayor adherencia de los usuarios a los procesos terapéuticos, mejor acceso al conocimiento de profesionales expertos, seguimiento activo del proceso de atención, opciones de monitoreo y evaluación de las intervenciones, y generación de información sistemática y continua para la toma de decisiones.
6. Cumplir con oportunidad en la atención efectiva de los servicios de salud en los términos señalados en el Anexo No 03 del documento de selección de contratistas.
7. El contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta.

Las obligaciones de Cosmitet LTDA son claras en cuanto a la atención en salud de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por ende, aunque la Fiduprevisora S.A. administra los recursos que serán transferidos en la forma de unidades de pago al prestador contratado, lo cierto es que las decisiones en cuanto al suministro de los medicamentos o servicios que requiere la señora María Emma Murillo de Henao le corresponde adoptarlas a Cosmitet LTDA.

³ <http://www.fomag.gov.co/seccion/servicios-de-salud/procesos-de-contratacion-.html>

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

Ahora bien, el contrato para la Prestación de Servicios Médicos Asistenciales No. 12076-009-2017 contempla la “Garantía Extraordinaria”, esta consiste en el compromiso de la Fiduprevisora S.A. de autorizar la prestación del servicio que no prestó Cosmitet LTDA oportunamente; la cláusula décima tercera del contrato señala:

DÉCIMA TERCERA: PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO- Si el servicio que fuera a garantizar el derecho fundamental a la salud no se presta oportunamente por el CONTRATISTA al usuario, conforme a los tiempos de respuesta efectiva dispuestos en el acápite denominado OPORTUNIDAD EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS AMBULATORIOS DE SALUD consagrado en el Anexo 3 del presente documento de selección de contratistas, con la red propia o con la red alterna, la FIDUPREVISORA S.A. administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio autorizará la prestación del servicio de salud no prestado a una entidad de salud previamente determinada por dicha entidad y los costos que se originen por dicho evento se deducirán de las facturas presentadas por el CONTRATISTA para su pago, en el mes siguiente. Para la aplicación del mecanismo por parte de los usuarios se requiere reportar la negación del servicio en los casos que corresponda, y la respectiva notificación a la FIDUPREVISORA S.A. administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, para gestionar la prestación en la red adicional extraordinaria autorizada por la Fiduprevisora S.A.

Con sustento en la cláusula transcrita, este Juzgado:

- Revocará el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en la medida que ordena desvincular al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A.; en segundo lugar,
- Modificará el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia impugnada en el sentido de ordenar a Cosmitet LTDA y a la Fiduprevisora S. A. que presten tratamiento integral a la señora María Emma Murillo de Henao, es decir, suministren todo servicio que el médico adscrito a su red, prescriba para el tratamiento de la condición ARTERIOESCLEROSIS DE LAS ARTERIAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES. La Fiduprevisora S. A. responderá en el marco del contrato que celebró para la prestación de servicios de salud a los afiliados del FOMAG pertenecientes a la región 9, en especial, según lo dispuesto en la cláusula décima tercera del acuerdo.
- Adicionará un numeral para dar a conocer al señor Marcelo Henao Murillo y a la señora María Emma Murillo de Henao el contenido de la cláusula décima tercera del contrato No. 12076-009-2017, de lo cual no se deriva que la posibilidad de iniciar incidente de desacato contra Cosmitet LTDA por el incumplimiento de la orden de prestar tratamiento integral está condicionada a que la afiliada del FOMAG agote previamente el procedimiento extraordinario ya mencionado.

VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, administrando justicia, en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la Ley, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MANIZALES CALDAS**,

RESUELVE

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-003-2020-00024-01

María Emma Murillo de Henao

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 024

PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIONES la sentencia No. 26 del 21 de abril de 2020, que profirió el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso de acción de tutela 17001-40-71-003-2020-00024-01.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia impugnada en cuanto ordena desvincular al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia impugnada en el sentido de ordenar a Cosmitet LTDA y a la Fiduprevisora S. A. que presten tratamiento integral a la señora María Emma Murillo de Henao, es decir, suministren todo servicio que el médico adscrito a su red, prescriba para el tratamiento de la condición ARTERIOESCLEROSIS DE LAS ARTERIAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES. La Fiduprevisora S. A. responderá en el marco del contrato que celebró para la prestación de servicios de salud a los afiliados del FOMAG pertenecientes a la región 9, en especial, según lo dispuesto en la cláusula décima tercera del acuerdo.

CUARTO: ADICIONAR un numeral a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

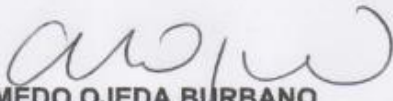
DAR A CONOCER al señor Marcelo Henao Murillo y a la señora María Emma Murillo de Henao el contenido de la cláusula décima tercera del contrato No. 12076-009-2017, la cual prevé la posibilidad de activar, por medio del reporte de la negación del servicio y la notificación del evento a la Fiduprevisora S.A, el procedimiento extraordinario para obtener acceso a los servicios ambulatorios de salud del Anexo 3 del contrato ya mencionado.

Se advierte que la posibilidad de iniciar incidente de desacato contra **Cosmitet LTDA** por el incumplimiento de la orden de prestar tratamiento integral no está condicionada a que la afiliada del FOMAG agote previamente, ante la Fiduprevisora S. A., el procedimiento extraordinario.

QUINTO: INFORMAR esta determinación al Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, a la parte demandante y a las entidades demandadas.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE


OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ