



**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

Radicado: 17001-40-71-001-2020-00066

Demandante: Luz Adriana Arias Aristizábal en calidad de Defensora Pública, a favor de María José Gutiérrez Candamil - C. C. 25.231.594

Demandado: Corporación Servicios Médicos Internacionales THEM & CIA LTDA – COSMITET LTDA. NIT. 830.023.202-1

Vinculado: Fiduprevisora S. A. en calidad de Administradora Fiduciaria del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Providencia: Sentencia No. 024

Manizales, julio 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 Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso 17001-40-71-001-2020-00066-01.

II. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

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

La Abogada Luz Adriana Arias Aristizábal, en calidad de Defensora Pública, 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 José Gutiérrez de Candamil, C. C. 25.231.594.

La parte recibe notificaciones en el correo electrónico: luarias@defensoria.edu.co, teléfono: 314 877 58 18, 312 286 04 16.

Según el escrito de amparo, la señora María José Gutiérrez de Candamil tiene diagnóstico de HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO, su médico tratante ordenó LEVOTIROXINA SÓDICA 50 MCG - EUTIROX® 50 MCG, sin embargo, Cosmitet LTDA no entrega oportunamente el medicamento.

La Abogada Luz Adriana Arias Aristizábal solicitó al Juez que ordene a Cosmitet LTDA autorizar y suministrar EUTIROX® 50 MCG a la señora María José Gutiérrez de Candamil y, además, 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. No contestó la demanda pese a que el Juzgado de primera instancia le notificó en debida forma el auto que ordena vincularla al proceso.

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 Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, admitió la acción de tutela en auto del 3 de junio de 2020, ordenó vincular en calidad de litisconsorte necesario por pasiva a la Fiduprevisora S.A.

Mediante la sentencia No. 070 del día 16 de junio 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 conceder parcialmente el amparo a la señora María José Gutiérrez de Candamil.

3. LA IMPUGNACIÓN

La parte demandante presentó recurso de impugnación por cuanto el funcionario judicial de primer nivel no ordenó a Cosmitet LTDA entregar el medicamento en las condiciones prescritas por el médico tratante, ni concedió tratamiento integral.

III. PRUEBAS RELEVANTES

El Juzgado resolverá a partir de las pruebas que recaudó en primera instancia y las que aportó la demandante con el fin de hacerlas valer con la impugnación, todas estas relativas a hechos que conoce la parte demandada porque tienen relación con prestaciones de salud que autorizó y entregó.

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 Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, concedió parcialmente el amparo tutelar a la señora María José Gutiérrez de Candamil 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

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:

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-001-2020-00066-01

María José Gutiérrez de Candamil

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 036

“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”** (negrillas fuera de texto). Nótese como la Observación General establece como deber la comprensión del derecho en los términos citados...

...

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 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

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-001-2020-00066-01

María José Gutiérrez de Candamil

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 036

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

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-001-2020-00066-01

María José Gutiérrez de Candamil

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 036

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.

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-001-2020-00066-01

María José Gutiérrez de Candamil

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 036

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...”.

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 José Gutiérrez de Candamil tiene diagnóstico de HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO². De acuerdo con la demanda, Cosmitet LTDA no entregó oportunamente el medicamento que ordenó el médico tratante de dicha persona.

El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, concedió el amparo parcialmente. La parte demandante presentó recurso de impugnación por cuanto el funcionario judicial de primer nivel no ordenó a Cosmitet LTDA entregar EUTIROX ni concedió tratamiento integral.

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.

² Así lo hizo constar el médico tratante en la formula médica, en la que anotó diagnóstico E03.9, código que corresponde al Hipotiroidismo, no especificado en la Clasificación Internacional de Enfermedades, versión 10, disponible para consulta en el sitio web: <https://icd.who.int/browse10/2016/en#E00.9>

Según las pruebas, procede imponer a Cosmitet LTDA que entregue el medicamento en las condiciones prescritas por el médico, es decir, en su presentación comercial; también procede conceder tratamiento integral. El Juzgado de primera instancia cometió graves equivocaciones al valorar la prueba, obviamente la interpretación inadecuada de los elementos que aportó la parte demandante lo llevó a aplicar el criterio jurisprudencial errado.

2. ESTUDIO DE LA IMPUGNACIÓN

2. 1 PRETENSIÓN RELATIVA AL MEDICAMENTO LEVOTIROXINA SODICA 50 MCG - EUTIROX

En la orden que aportó la señora María José Gutiérrez de Candamil consta que la Médica, Dora Liliana Gonzáles, ordenó LEVOTIROXINA SÓDICA 50 MCG. Este es el principio activo del producto EUTIROX® 50 MCG, del fabricante MERCK KGAA³.

La médica tratante anotó en la formula la denominación común internacional (nombre genérico) del medicamento y, al margen, el nombre comercial.

Para el Juzgado, esto no tiene otra justificación que lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 17 del Decreto 2200 de 2005. Esta norma les impone a los profesionales de la salud señalar la denominación común internacional del medicamento prescrito. En consonancia con el mandato legal, si el médico estima que el paciente requiere el producto comercial debe expresarlo como lo hizo la Doctora Dora Liliana Gonzáles, a la manera de una observación dirigida al dispensador. Vale la pena aclarar que la posibilidad de agregar advertencias o aclaraciones de esta naturaleza está consagrada en el numeral 12 del artículo 17 del Decreto 2200 de 2005, conforme con el cual el prestador de servicios de salud o profesional de la salud podrá realizar en el formato de prescripción las indicaciones que a su juicio considere.

Desde esta perspectiva, nada explica por qué la primera instancia resolvió hacer caso omiso de la anotación de la Médica Dora Liliana Gonzáles.

Es más, la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de esta ciudad implica desconocer el criterio técnico-científico del profesional de la salud, sin tomar en cuenta que Cosmitet LTDA no lo cuestionó y contra la advertencia de la jurisprudencia acerca de los límites del Juez Constitucional.

En palabras de la Corte Constitucional⁴ el concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si la persona requiere un servicio de salud, por otra parte, el Juez no fija la pertinencia del tratamiento porque de hacerlo invade el ámbito de competencia de la lex artis que rige el ejercicio de la Medicina:

“34. Por otro lado, en la sentencia T-904 de 2014, esta Corte precisó que la exigencia de un diagnóstico o concepto médico para suministrar el medicamento, incluido o no en el POS, impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud

³ Esta información se encuentra disponible en el sitio http://consultaregistro.invima.gov.co:8082/Consultas/consultas/consreg_encabcum.jsp, registro sanitario: INVIMA 2019M-0007131-R1, expediente sanitario: 19976365.

⁴ Sentencia T-061 de 2019.

por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la lex artis que rige el ejercicio de la medicina”.

Tiene razón la demandante, en el presente caso, sí existe prescripción para EUTIROX® 50 MCG, por tanto, corresponde ordenar a Cosmitet LTDA que entregue el medicamento.

2. 2 TRATAMIENTO INTEGRAL

2.2.1 Para la jurisprudencia constitucional procede conceder esta pretensión cuando la EPS actuó negligentemente en la prestación del servicio (sentencia T-445 de 2017), de igual manera, si están involucrados sujetos de especial protección constitucional o personas en condiciones de salud extremadamente precarias e indignas (criterio que reitera la Corte Constitucional en la sentencia T-178 de 2017). En todos los casos, siempre que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente:

“Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:

(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”.

En lo que concierne a la señora María José Gutiérrez de Candamil se cumplen los presupuestos jurisprudenciales ya mencionados, veamos:

a) La EPS actuó negligentemente en la prestación del servicio

Según la demandante, Cosmitet LTDA no entregó oportunamente los medicamentos. La entidad guardó silencio frente a esta afirmación, por consiguiente, continua en firme la presunción de veracidad de las afirmaciones de su contraparte.

b) Está involucrado un sujeto de especial protección constitucional o una persona en condiciones de salud extremadamente precarias e indignas

La señora María José Gutiérrez de Candamil requiere tratamiento por HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO. En la historia clínica consta que esta persona se encuentra afectada en su salud. Tal como la demandante, toda aquel sin la atención en salud que reclama, cualquiera sea la enfermedad, es víctima de un trato indigno en la medida que se ve sometido a soportar los síntomas y está expuesto a padecer mayor deterioro por falta de tratamiento para recuperar la salud.

c) Existe la descripción clara de una determinada patología o condición de salud

diagnosticada por el médico tratante

En el expediente consta que el médico tratante de la señora María José Gutiérrez de Candamil diagnosticó HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO. Por la condición crónica de esta enfermedad, la demandante debe recibir atención continua y permanente. A esta conclusión llega el Juzgado después de verificar la prescripción sucesiva de medicamentos a lo largo de años. Todo lo anterior muestra claramente que la persona necesita con toda certeza seguimiento y control médico en el futuro.

2.2.2 En definitiva, erró el Juez a-quo al negar la pretensión de tratamiento integral, por tanto, este Juzgado revocará la sentencia.

3. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE COSMITET LTDA EN CUANTO A LA ATENCIÓN EN SALUD DE LA SEÑORA MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ DE CANDAMIL

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la 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”⁵, 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:

⁵ <http://www.fomag.gov.co/seccion/servicios-de-salud/procesos-de-contratacion-.html>

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 José Gutiérrez de Candamil le corresponde adoptarlas a Cosmitet LTDA.

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:

- Ordenará a la Fiduprevisora S. A. que concorra con Cosmitet LTDA para suministrar tratamiento integral a la señora María José Gutiérrez de Candamil, es decir, prestar todo servicio que el médico adscrito a su red, prescriba para el tratamiento de la condición HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO. 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 a la señora María José Gutiérrez de Candamil 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

PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIONES la sentencia No. 70 del 16 de junio de 2020, que profirió el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso de acción de tutela 17001-40-71-001-2020-00066-01.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo y revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar a Cosmitet LTDA que entregue a la señora María José Gutiérrez Candamil LEVOTIROXINA SÓDICA 50 MCG, en las condiciones prescritas por el médico tratante, entre ellas, en la presentación comercial EUTIROX® 50 MCG.

TERCERO: REVOCAR 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 José Gutiérrez de Candamil, es decir, suministren todo servicio que el médico adscrito a su red prescriba para el tratamiento de la condición HIPOTIROIDISMO, NO ESPECIFICADO. 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:

Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes Manizales Caldas

Acción de Tutela – Segunda Instancia

17001-40-71-001-2020-00066-01

María José Gutiérrez de Candamil

Cosmitet LTDA., otros

Sentencia No. 036

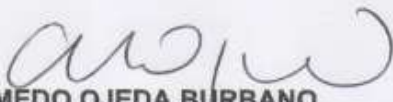
DAR A CONOCER a la señora María José Gutiérrez de Candamil el contenido de la cláusula décima tercera del contrato No. 12076-009-2017, la cual prevé la posibilidad de activar, por medio del reporte de la negación del servicio y la notificación del evento a la Fiduprevisora S.A, el procedimiento extraordinario 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 Primero 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 CÚMPLASE



OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ

Firmado Por:

SEGUNDO OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE
CONOCIMIENTO

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:

5bbce5ad0b818f300880447156aee3c2f33c01c2bd8367584de565aded2ca01

Documento generado en 27/07/2020 03:14:34 p.m.