



PROCESO ACCION DE TUTELA 2DA INSTANCIA No. **1142-22**

RADICACIÓN PRIMERA INSTANCIA: 08-638-40-89-003-2022-00285-00

ACCIONANTE: JOAQUIN BONIFACIO MANOTAS SALAZAR, agente oficiosa de su madre NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS.

ACCIONADO: ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A. FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SABANALARGA. SABANALARGA, DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

ASUNTO

Procede la presente autoridad jurisdiccional a resolver la impugnación impetrada por la CLINICA GENERAL DEL NORTE contra sentencia proferida en primera instancia el día 10 de octubre de 2022.

CAUSA FACTICA

Se narran de la siguiente manera:

“PRIMERO: La señora Ninfa SALAZAR viuda de MANOTAS, se encuentra afiliada a la Organización Clínica General del Norte EPS Magisterio en calidad de beneficiaria.

SEGUNDO: La señora ninfa es una mujer de 92 años, senil con fractura de cadera derecha con incapacidad para la marcha y movilización, con incontinencia urinaria, por lo que requiere en promedio el cambio de 4 paños desechables por día.

TERCERO: ante la situación del cuadro clínico planteado se solicitó ante el departamento de trabajo social de la accionada el día 24 de agosto de 2022, el suministro de pañales desechables, obteniendo respuesta negativa ante la solicitud. Dentro de la cual la accionante responde “es exclusión del contrato entre Fiduprevisora y Clínica General del Norte”.

CUARTO: La señora NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS, es una persona mayor sin pensión de vejez y no cuenta ni ella ni su familia con la capacidad económica para asumir el costo de los pañales desechables, producto este que es claro que requiere para mantener las condiciones mínimas de asepsia y así evitar una infección que afectaría sus salud y pondría en riesgo su vida teniendo encuentra su edad.”

OBJETO DE LA ACCION DE TUTELA:

La presente acción tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales, derecho a la salud, a la vida y la dignidad humana de la señora NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS.

SINTESIS PROCESAL:

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal Oral de Sabanalarga - Atlántico, mediante fallo de tutela de fecha de 10 de Octubre del 2022 resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela a la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A. a través de su representante legal o quien haga sus veces, en este caso la Dra. TATIANA GUERRERO LONDOÑO que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, entreguen a la señora NINFA SALAZAR viuda de MANOTAS, los pañales desechables para adultos, con las cantidades requeridas por el médico tratante y estipuladas en la Historia Clínica(4 veces al día).

DE LA IMPUGNACION.

El fallo fue impugnado por la CLINICA GENERAL DEL NORTE mediante su Directora médica del programa la señora TATIANA GUERRERO LONDOÑO presenta impugnación al no estar de acuerdo con la decisión del Juez de Primera Instancia, y lo sustenta de la siguiente manera:

El accionada la CLINICA NENERAL DEL NORTE, y previos a la disposición de un ordenamiento de pañales desechables para la agenciada, permita que la CLINICA GENERAL DEL NORTE, realice una valoración médica que permita determinar la cantidad y periodicidad de los mismos y que los ordenamientos, se acojan al criterio de los profesionales de la salud. los cuales hacen parte de las exclusiones de los pliegos de condiciones contratados, procederemos a entregarlos, sin embargo, solicitamos se MODIFIQUE Y/O ADICIONE el numeral segundo de la sentencia y



CONCEDA a mi representada IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A como IPS contratada para la prestación de servicios de salud, la facultad de RECOBRAR ante FIDUPREVISORA y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, aquellos elementos o servicios que no estemos llamados a asumir al pertenecer al grupo de exclusiones de los pliegos de condiciones contratados, en cumplimiento de la Sentencia Judicial.

La impugnación fue avocada mediante auto del 18 de octubre de 2022.

COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de Tutela en Segunda Instancia por ser el Superior funcional del juez de primera instancia.

PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

En el caso específico se analizará si procede confirmar o revocar el fallo de Primera Instancia de fecha veinte (10) de octubre de dos mil veintidós (2022), proferido por EL JUZGADO TERCERO PROMISCOO MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA.

PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

El accionante aporta los siguientes

- Copia de petición presentada ante Clínica General del Norte.
- Copia de la respuesta negativa a suministrar lo solicitado
- Historia Clínica de Ninfa Salazar Vda de Manotas de fecha 24 de agosto de 2022, donde se observa que la accionante sufre de incontinencia urinaria y por lo que requiere de pañales desechables 4 veces al día.

El accionado aporta los siguientes

- Contrato región 6 Organización Clínica General del Norte S.A.
- Pliegos de condiciones establecidos por LA FIDUPREVISORA S.A Y EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en los cuales se enmarcan la atención y los servicios de salud y sus exclusiones.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

NATURALEZA DE LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"* o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Instituida para proteger en forma inmediata derechos constitucionales fundamentales, se trata de una acción de carácter subsidiario o residual, esto es, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el expediente.

El derecho fundamental a la salud y su protección por el juez constitucional, en el caso de los adultos mayores

La Ley Estatutaria 1751 de 2015, por la cual se regula el derecho fundamental a la salud, estableció que es un derecho *"autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo"*, el cual comprende el acceso a los servicios de sanidad de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud¹.

¹ Artículo 2, Ley 1751 de 2015



Con el objetivo de conceptualizar el derecho a la salud, en orden determinar su alcance, la jurisprudencia constitucional ha logrado un desarrollo progresivo, hasta un entendimiento complejo del mismo:

“[L]a salud, entendida como un derecho fundamental, fue inicialmente concebida por la Organización Mundial de la Salud como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’, pero, a partir de la evolución que ha tenido este concepto, se ha reconocido por esta Corporación que la anterior definición debe ser más bien asociada con el concepto de ‘calidad de vida’, pues, en razón a la subjetividad intrínseca del concepto de ‘bienestar’ (que depende completamente de los factores sociales de una determinada población), se estimó que ésta generaba tantos conceptos de salud como personas en el planeta.

“Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como ‘la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser’, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.”²

En particular, la Corte ha hecho énfasis en que el derecho a la salud adquiere una connotación especial cuando se trata de sujetos como los adultos mayores, en razón a que se trata de una población situada en una condición ostensiblemente desventajosa, a la luz del artículo 13 de la Carta³:

“[E]n concordancia con lo dispuesto en los artículos 13, inciso 3, 46 y 47 de la Constitución Política, este Tribunal Constitucional ha sostenido que los adultos mayores también necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran, por lo cual, el Estado tiene el deber de garantizarles los servicios de seguridad social integral, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Ésta última se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico teniendo en cuenta el deterioro irreversible y progresivo de su salud. Al respecto, ha señalado este Tribunal:

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad...’.

“En este orden de ideas, cuando se trate de personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho a la salud reviste mayor importancia, como consecuencia de la situación de indefensión que presentan. Por tal razón, si el juez constitucional se encuentra ante un caso en el que se presuma la vulneración del derecho fundamental a la salud de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, lo propio, es que, como garante de los valores, principios y normas dispuestas en la Carta Política y en favor de los mandatos del Estado Social de Derecho, brinde la protección necesaria al caso.”⁴

De acuerdo con lo expuesto, la Sala reafirma la doctrina jurisprudencial según la cual el ordenamiento jurídico colombiano otorga un carácter fundamental al derecho a la salud, del cual son titulares todas las personas, que debe ser adecuada y oportunamente garantizado por el Estado y los entes que presten el servicio bajo su vigilancia y control; así como que los casos en que se ventila una violación del derecho a la salud de adultos mayores merecen una atención superlativa por parte del juez de tutela, de conformidad con la especialísima protección que dispensa la Constitución a dicha población, cuya asistencia recae además en la sociedad y la familia, en razón a su condición de vulnerabilidad.

CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud.

² Sentencia T-131 de 2015, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez

³ ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (se destaca)

⁴ Sentencia T-076 de 2015, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



La Corte Constitucional ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Contrato para la prestación de servicios de salud del Plan de atención Integral y la Atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio en la Región 6 No. 12076-007-2017 entre FIDUPREVISORA S.A. COMO VOCERA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. Y LA UNION TEMPORAL DEL NORTE S.A.

Clausula 5 – obligaciones específicas del contratista

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.

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que "requieren con necesidad" aun cuando no hagan parte de la cobertura de plan de beneficios médicos de dicho Fondo. Para tal efecto, el juez constitucional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos en la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.⁵

Régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG). Vinculatoriedad de las reglas establecidas por la Corte constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

Las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que "requieren con necesidad" aun cuando no hagan parte de la cobertura de plan de beneficios médicos de dicho Fondo. Para tal efecto, el juez constitucional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos en la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS⁶, a saber:

"(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata 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, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).[;] (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante".

CASO EN CONCRETO

Por medio de esta acción de tutela la accionante NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS a través de agente oficioso, manifiesta que la Organización Clínica General del Norte S.A. se encuentra vulnerando sus derecho a la salud, y la vida en condiciones dignas, al negarle el suministro de los pañales que le fueron ordenados por su médico tratante, ya que padece de fractura de cadera derecha con incapacidad para la marcha y movilización con incontinencia urinaria.

En su contestación la CLINICA GENERAL DEL NORTE, señaló que "los pañales desechables se encuentran configurados como exclusiones de los pliegos de condiciones contratados por la FIDUPREVISORA S.A y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO...

⁵ Sentencia T 547-14

⁶ Sentencia T 547 de 2014



Este tipo de insumos deben ser asumidas por los usuarios y/o sus familiares, pero no trasladar esa responsabilidad al sistema de salud, entrando en colapso el sistema de salud al tener que suministrar elementos que no se encuentran dentro del plan de beneficios, y daría lugar a que cada paciente con las patologías que presenta la paciente NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS.

... cualquier Servicio médico y/o insumos que no haga parte del objeto del contrato o que se deba prestar en una forma diferente, no es obligación de la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A. suministrarlo y son conceptos que deben ser asumidos por los familiares, al tratarse de una exclusión expresa de los pliegos de condiciones, o en su defecto por FIDUCIARIA LA PREVISORA Y EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por ser estas las entidades que tienen el vínculo de afiliación con los docentes y quienes elaboran los pliegos de condiciones que regulan el contrato, ACLARANDO QUE IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A ES UNA SIMPLE CONTRATISTA.

... Que por tratarse de elementos que se encuentran excluidos de los pliegos de condiciones y de no ser asumida por la paciente y su familia, correspondería al asegurador primario de la paciente en este caso al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA, asumir el valor total de este producto, si bien se tiene en cuenta que se encuentra excluido de los pliegos de condiciones que regulan la prestación de los servicios médicos de los docentes y su grupo familiar.

Por su parte, la Fiduprevisora S.A., solicitó que en su caso declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando: *"por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como se explicó anteriormente, ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región."* En este caso, la Clínica General del Norte.

La juez a quo decidió conceder el amparo por considerar que se ha dilatado la entrega de los servicios médicos requeridos por la actora.

La accionada CLINICA GENERAL DEL NORTE, impugnó la decisión proferida en primera instancia solicitando que se le permita realizar una valoración médica para determinar la cantidad y periodicidad de los pañales requeridos por la actora, y que los ordenamientos, se acojan al criterio de los profesionales de la salud. De igual manera que se modifique o adicione el numeral segundo y se conceda a la IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A la oportunidad de RECOBRAR ante la FIDUPREVISORA S.A, los servicios e insumos que sean determinados al practicar la valoración médica ordenada y se encuentren plenamente configurados como exclusiones de los pliegos de condiciones contratado por el FOMAG Y FIDUPREVISORA S.A.

De esta manera, en el presente asunto, observa el Despacho lo siguiente:

- la accionante agenciada se encuentra afiliado en calidad de beneficiaria al Fondo de prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A. – Clínica General del Norte, tiene 92 años, por tanto goza de una especial protección reforzada por parte del estado y de la sociedad.
- La accionante presenta fractura de cadera derecha con incapacidad para la marcha y movilización, con incontinencia urinaria, por lo que requiere, según su medico tratante, el suministro de pañales desechables en cantidad de 4 veces al día.
- La falta de los pañales amenaza los derechos constitucionales a la salud y la vida digna de la accionante, pues, como se reitera, sufre de incontinencia urinaria.
- El servicio de suministro de pañales fue negado por parte de la Clínica General del Norte.
- No se demostró por parte de las entidades accionadas, que la actora y su grupo familiar cuentan con la capacidad económica suficiente como para asumir el costo de los pañales, en los términos que le fueron ordenados.
- La Clínica General del norte tiene la obligación de prestar todos los servicios de los afiliados al FOMAG.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que le asiste razón a la a quo al conceder el amparo solicitado a través de agente oficioso por NINFA SALAZAR VIUDA DE MANOTAS, teniendo en cuenta que se cumplen en el presente asunto los requisitos para que proceda la entrega de insumos que están fuera del plan de salud del Fondo de prestaciones sociales del magisterio, tal como lo determina la Corte Constitucional.



Por ultimo en relación a la posibilidad de recobro por los gastos en que incurra en virtud de la orden judicial ante la FIDUPREVISORA S.A. FOMAG, debe recordarse el criterio expuesto por la Corte Constitucional y acogido por este servidor incluso para el presente asunto (régimen especial), en el sentido de que "(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC."

De esta manera, no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en este sentido, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento en favor de la accionada CLINICA GENERAL DEL NORTE.

DECISIÓN

En Mérito de lo expuesto, en párrafos precedentes, el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO DEL CIRCUITO DE SABANALARGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, el fallo de primera instancia, proferido el veintitrés (10) de Octubre de dos mil veintiuno (2022) por el JUZGADO TERCERO PROMISCO MUNICIPAL ORALIDAD DE SABANALARGA-ATLANTICO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Notificar a las partes y al Juez de primera instancia por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Oportunamente remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual Revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

David Modesto Guette Hernandez

Juez

Juzgado De Circuito

Promiscuo 002

Sabanalarga - Atlántico

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: **bfbf49ef760edd621934814a59b1d8781010b174a40278b8a86f09a9c9a7fee6**

Documento generado en 17/11/2022 07:29:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>