



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

### **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015)

**MAGISTRADO PONENTE:** LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

#### **Sentencia No. 119**

**TEMAS:**

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA- CONTENIDO NORMATIVO DE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS ASISTENCIALES A LOS DOCENTES Y LOS DEBERES DERIVADOS DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE LA FIDUCIA QUE ADMINISTRA EL FONDO AL CUAL SE ENCUENTRA AFILIADO EL BENEFICIARIO

**INSTANCIA:**

SEGUNDA

Decide la Sala, la impugnación interpuesta por la parte accionada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 2 de julio de 2015, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró MARÍA OBEID PÉREZ en representación de FARIDY OBEID PÉREZ, en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 3-CLÍNICA LAS PEÑITAS, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la vida, la salud, la seguridad social, igualdad y dignidad humana.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

## **1. ANTECEDENTES:**

### **1.1. Reseña Fáctica:**

Manifiesta la actora, que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen de excepción y la entidad que se encarga de administrar el recurso de salud es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de cotizante, que tiene en la actualidad 61 años de edad, y su lugar de residencia es Caimito – Sucre, donde se desempeña como docente.

Aduce que, empezó a tener síntomas extraños y una masa en el seno izquierdo, por lo que se dirigió a la Clínica las Peñitas ubicada en la ciudad de Sincelejo, dado que allí es el lugar donde atienden a los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SUCRE.

Relata que, posteriormente la remitieron al especialista Oncólogo Roberto Valcarcel, quien indicó la necesidad de realizarle los exámenes de diagnóstico y laboratorio de manera urgente, dado que según su análisis los síntomas así lo ameritan, y sugirió que se hicieran de manera particular, dada la premura.

Narra la demandante que, se dirigió a la IPS adscrita al Magisterio, pero en esa ocasión se demoraron mucho en autorizarle los exámenes ordenados por el médico tratante. A raíz de esto, dada la urgencia, se dirigió de manera particular al Centro Ecográfico y Cardiovascular de Sucre, donde le realizaron MAMOGRAFÍA BILATERAL, el 21 de marzo de 2014, cuyo resultado fue MASTOPATÍA FIBROQUÍSTICA BILATERAL.

Expone que, a partir de estudios de diagnóstico y exámenes entregados al oncólogo, se ordenaron por este, exámenes para realizar la cirugía de extirpación, los cuales fueron realizados en la Clínica las Peñitas.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Sostiene que, el 13 de noviembre del 2014, se dirigió con los resultados al médico oncólogo, quien le informó que no le extirpó el tumor como le había indicado, sino que le había realizado una biopsia y le entregó la lectura, la cual indicaba, CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE MODERADAMENTE DIFERENCIADO (G2 GN3 GM2) - PEZÓN CON CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE MODERADAMENTE DIFERENCIADO.

Informó que, el médico tratante le ordenó otros exámenes, luego visitó a un oncólogo clínico de la ciudad de Bogotá, quien le expresó la necesidad urgente de realizar quimioterapia y otros estudios complementarios y recomendaciones. Después, el mismo especialista confirmó el carcinoma mamario estado III, por lo que ordenó iniciar de inmediato la poliquimioterapia con DOCETAXEL-TRASTUZUMAB, realizándose el primer ciclo de manera particular.

Indicó que, presentó derecho de petición ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del cual solicitó la continuación de la prestación de los servicios de salud y el tratamiento médico integral requerido por la paciente, obteniendo respuesta el 22 de diciembre de 2014, en el cual se manifestaba que el INSTITUTO DE CANCEROLOGÍA DE SUCRE (INCANS) suministraría el servicio, sin acudir a otra entidad y sin trasladarse de municipio.

Señala la accionante que, se continuaron presentando demoras en la prestación del servicio de salud, evidenciándose en la entrega inoportuna del medicamento TRASTUZUMAB, fue necesario entonces, que se elevara nueva queja ante la Clínica las Peñitas, la cual fue respondida el 11 de mayo de 2015, con lo cual pudo recibir la aplicación de quimioterapia en esa misma fecha.

Asegura que, el 27 de mayo de 2015, radicó derecho de petición ante el Fondo, solicitando que se garantizara la entrega del medicamento TRASTUZUMAB y de esta manera se pudiera continuar con la quimioterapia. Así mismo, pidió que se



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

diera respuesta a los requerimientos con relación con la cirugía que se debe realizar.

Informa que, a la fecha no se ha recibido respuesta de tal derecho de petición, por lo que, el día 5 de junio de 2015, interpuso nuevamente una queja ante la Clínica Las Peñitas con relación a la realización de la cirugía y la negativa a realizar los exámenes pre quirúrgicos de la misma, reclamación que fue respondida el día 12 de junio de 2015, en la cual manifiesta que no tiene contrato con INCANS para quirófano, planteando otras opciones, tales como la realización de la cirugía por otro médico no especialista en Mastología y la práctica de la cirugía en la Clínica General del Norte, de la ciudad de Barranquilla.

Por último afirmó que, según indicaciones del médico tratante, la cirugía debe realizarse a más tardar el 1 de junio de 2015 y la siguiente aplicación del medicamento TRASTUZUMAB está programada para el 22 de junio de 2015.

### **1.3. Las Pretensiones:**

Solicita la parte actora, se tutelen los derechos invocados, y en consecuencia:

- Se ordene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 3-CLÍNICA LAS PEÑITAS, que en un término no superior a veinticuatro (24) horas autoricen la remisión al INSTITUTO DE CANCEROLOGÍA DE SUCRE para la realización de la cirugía MASTECTOMÍA IZQUIERDA, con el Mastologo Dr. Gustavo Martínez o en su defecto se garantice la realización de dicho procedimiento por un profesional especializado Mastologo, que cuente con la experiencia necesaria para su realización y se garantice su realización en su lugar de residencia teniendo en cuenta su delicado estado de salud.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

- Se ordene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 3 - CLÍNICA LAS PEÑITAS, que en un término no superior a veinticuatro (24) horas, garanticen la entrega inmediata del medicamento TRASTUZUMAB AMP 440 MG, el cual fue ordenado por el médico tratante, especialista en oncología clínica, tanto para su aplicación el día 22 de junio de 2015 como su disponibilidad para las siguientes aplicaciones durante un (1) año en el instituto en mención.
- Se ordene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE REGIÓN 3 - CLÍNICA LAS PEÑITAS, que en el futuro autoricen sin demoras y sin necesidad de tutelas todos los medicamentos, citas con especialistas, procedimientos y se le brinde todo el tratamiento integral que se derive de su enfermedad.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL:**

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 18 de junio de 2015 (fol. 22).
- Admisión de la demanda: 18 de junio de 2015 (fol. 24 y ss.).
- Contestación a la demanda FIDUPREVISORA S.A: 25 de junio de 2015 (fol. 36 a 43).
- Contestación UNIÓN TEMPORAL DE NORTE REGIÓN 3 CLÍNICA LAS PEÑITAS: 26 de junio de 2015 (fol. 45 a 50).
- Sentencia de primera instancia: 2 de julio de 2015 (fol. 55 a 54).
- Impugnación: 13 de julio de 2015 (fol. 69 a 73).
- Concesión de la impugnación: 15 de julio de 2015 (fol.82).
- En la oficina judicial- reparto: 16 de julio de 2015 (fol. 1 C-2).
- Secretaría del Tribunal: 17 de julio de 2015 (fol. 3 C-2).



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

## **2.1. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR PARTE DE LA FIDUPREVISORA<sup>1</sup>:**

Mediante escrito presentado el 25 de junio de 2015, da contestación al informe requerido, argumentando que, no puede predicarse que la Fiduciaria la Previsora S.A. realice o ejecute actividades tendientes a la atención en servicios de salud de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Expuso además que, Fiduprevisora S.A, en desarrollo de sus obligaciones contractuales y en virtud de la existencia del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país, conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados, es así, que para la región a la que pertenece el Departamento de Santander (sic) al que está adscrita la accionante, se suscribieron los respectivos contratos con la Unión Temporal Oriente Región 3 (sic), con base en los términos de referencia de la contratación consignados en la convocatoria pública No. 003 de 2011, que hace parte del contrato y donde se consignan las obligaciones del ente médico, para efectos de la prestación de los servicios médicos asistenciales de los educadores adscritos al Departamento, sometidos al régimen de la Ley 91 de 1989.

Por último manifestó que, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989, como lo es la aquí accionante, son exclusivos del régimen de excepción y para tal efecto se realiza la correspondiente contratación de los mismos para que sean prestados a los educadores, por eso se determina como régimen de excepción y no se encuentra este régimen sometido de manera alguna al de la Ley 100 de 1993, es un contrato especial para los docentes y con recursos de la Nación, se cancelan a los contratistas médicos, los valores pactados en los

---

<sup>1</sup> Folio 36 a 39 C. Principal.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

contratos y son ellos quienes se encuentran indiscutiblemente obligados a la prestación correcta del servicio.

## **2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL REGIÓN 3<sup>2</sup>:**

Contesta la demanda mediante escrito presentado el 26 de junio de 2015, en donde manifestó, que según con los parámetros del Plan de Atención en Salud para el Magisterio - (Apéndice 3A de los Pliegos de condiciones para la contratación de los servicios de salud, proceso de selección No LP- FNPSM-003-2011), que se debe dirimir este conflicto, ya que es este es el que determina el plan de salud, sus alcances, exclusiones y las condiciones de prestación de servicios para los docentes activos, pensionados y sus beneficiarios, según el Acuerdo No 6 de Noviembre de 2011 del Consejo Directivo del Fondo, que rigen para el contrato iniciado el 01 de mayo de 2012; por consiguiente por mandato legal se excluye para el magisterio tanto la ley 100 como el POS cuyo origen está en esta ley.

Igualmente mencionó que, las relaciones vigentes entre FIDUPREVISORA S.A. y los prestadores a nivel nacional vienen ceñidas a las instrucciones y especificaciones establecidas en los términos de referencia y demás documentos (anexos, adendas y apéndices del proceso de Selección de Contratistas- Selección LP-FNSPSM - 003 DE 2011) que hacen parte integral del contrato suscrito entre UNION TEMPORAL DEL NORTE REGION 3 y FIDUPREVISORA S.A. que de paso es quien administra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por mandato legal.

Concluye señalando que, la Institución ha sido diligente en prestarle los servicios de salud que ha requerido la accionante durante el tiempo de su afiliación al Régimen de Excepción del Magisterio y especialmente en lo relativo a su patología actual, lo cual se evidencia en las atenciones a que hace referencia el

---

<sup>2</sup> Folio 38 a 44. C. Principal.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

usuario en sus hechos, así como las copias de historia Clínica que se anexan, lo que no entiende el accionante es que los servicios debemos prestarlos (desde del 01 de Mayo de 2012) dentro de la red de prestadores ofertada y aprobada por FIDUPREVISORA SA, tal como lo establece el numeral 4 del anexo a Técnico Operativo LP-FNPSM-003-2011.

### **3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA<sup>3</sup>:**

La Juez de primera instancia, otorgó el amparo propuesto, por considerar que, la actuación de las entidades demandadas con la negativa de suministrar los requerimientos médicos de la actora, vulneran los derechos fundamentales invocados por esta, por lo que es menester ordenarles que asuman las responsabilidades del caso, y brinden la atención integral en salud que necesita la parte accionante. A su vez, resolvió negar la solicitud de desvinculación del proceso, presentada por la FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que dicha entidad actúa en calidad de contratante de la UNION TEMPORAL DEL NORTE-REGIÓN 3.

### **4. LA IMPUGNACIÓN<sup>4</sup>:**

La parte demandada FIDUCIARIA LA FIDUPREVISORA S.A impugna el fallo en mención, ratificándose en lo expuesto en el escrito de contestación, y agregando que, la obligación contractual que le corresponde se limita exclusivamente a la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud, para los docentes, y que esa medida, son aquellas UT, que para el caso particular es la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGIÓN 3, quien tiene a su cargo la observancia de los derechos invocados por la accionante.

---

<sup>3</sup> Folio 55 a 64. C. Principal.

<sup>4</sup> Folio 69 a 73. C. Principal.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Por lo anterior, solicita que se requiera a la UNIÓN TEMPORAL DEL ORIENTE REGIÓN 3, para que sea ella quien adopte las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales objeto de la presente diligencia, y por consiguiente se revoque el fallo de tutela.

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en segunda instancia.

De acuerdo con los antecedentes planteados, así como las los argumentos fácticos usados por la entidad impugnante para ataca la decisión adoptada por la respectiva Juez de instancia, corresponde a esta Sala responder el siguiente problema jurídico:

¿Está legitimada por pasiva la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para responder y garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales a sus afiliados docentes?

Por lo anterior, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiarán los siguientes temas: **i)** Generalidades de la acción de tutela y su procedibilidad en la protección del derecho a la salud, **ii)** Contenido normativo de las disposiciones que regulan la prestación de los servicios médicos asistenciales a los docentes y los deberes derivados de la obligación contractual de la fiducia que administra el fondo al cual se encuentra afiliado el beneficiario, y **iii)** El caso concreto.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

## **5.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDIBILIDAD PARA AMPARAR EL DERECHO A LA SALUD:**

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Uno de los principios que orienta el ejercicio de la acción de tutela es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Este carácter residual obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de amparo constitucional, no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

*“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...)*

*Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto al ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.*

*(...)*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar ‘una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales’, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.*

*La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.*

*En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.*

*Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración inconstitucional y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”*

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

En este punto, es importante resaltar, la pertinencia y procedibilidad de la acción intentada, dado que nos encontramos frente a la vulneración de un derecho fundamental como lo es el derecho a la salud, consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 46, es regulado como un servicio público que se presta a toda persona, garantizando el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008 y anteriores, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevará a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental directo, para así ser protegido o amparado en uso de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de las sentencias T-760 de 2008 y T-671 de 2013 de la misma corporación, hacen que **la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa**, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional<sup>5</sup>, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento,

---

<sup>5</sup> Dentro del sistema universal de derechos humanos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establecen las obligaciones de los Estados partes sobre el tema.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la relevancia de que este derecho se preste en atención al principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

*“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:*

*“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.*

*Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.*

*Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.*

*En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido*

---

<sup>6</sup> Dicha normativa, lo define como: **“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.”



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

*en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS).”*(Subrayas pertenecientes a la Sala)

Por último, y para cerrar este acápite, se resaltar la existencia de la Ley 1384 de 2010, la que establece una serie de garantías por parte del Estado, de atender integralmente el cáncer en la población colombiana, por lo que todos los actores que prestan servicios de salud, dentro o fuera del sistema general de seguridad social en salud, deben propender por garantizar la atención y los derechos de las personas que sufren de esta grave enfermedad.

## **5.2. CONTENIDO NORMATIVO DE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS ASISTENCIALES A LOS DOCENTES Y LOS DEBERES DERIVADOS DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE LA FIDUCIA QUE ADMINISTRA EL FONDO AL CUAL SE ENCUENTRA AFILIADO EL BENEFICIARIO.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social, reconoce una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normativa general, dentro de los cuales se encuentran los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, la Ley 91 de 1989 “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció que, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación, adscrita al Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que,

---

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Así las cosas, la nombrada ley dispuso en sus artículos 3, 5 y 7:

**“Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. (Negrillas fuera del texto original)**

(..)

**Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:**

- 1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
- 2.- Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
- 3.- Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
- 4.- Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
- 5.- Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones (Subrayas de la Sala).

(..).

**Artículo 7º.- El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá las siguientes funciones:**

1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.
2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.
4. *Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.*
5. *Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación.*
6. *Las demás que determine el Gobierno Nacional.”*

Teniendo en cuenta lo relacionado en el anterior marco normativo, es importante mencionar que, el Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como “... *los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador*”.

Para el caso en particular como se mencionó en líneas anteriores fue la Ley 91 de 1989, la cual creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fines y objetivos se encuentran reglados por los artículos 4° y 5° de la misma ley.

A manera de complemento, se puede indicar que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios.

Así pues, del marco jurídico antes referenciado, se puede inferir que es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes y



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

la responsabilidad de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las sugerencias y requerimientos de sus afiliados.

Ahora bien, según lo descrito se encuentra claro que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, que para el particular es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

En cuando a los deberes estipulados para la entidad fiduciaria, valga la pena mencionar lo que rezan los artículos 1226 y 1234 de la ley mercantil (Código de Comercio):

***“ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL.***

*La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

*Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.*

*Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios*

*(...)*

***ARTÍCULO 1234. OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO.*** *Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

***1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;***

*(..)*

***4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;*** (Destacado de la Sala).

*(..)”...*



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Al respecto, el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que se transcribe el aparte, dispuso en relación con la responsabilidad que les asiste a los diferentes actores relacionados con el Fondo en estudio:

*“A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”<sup>8</sup>*  
(Subrayas de la Sala).

En lo relacionado con el tema la H. Corte Constitucional expuso:

*“FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO-Legitimación por pasiva en tutela*

*Por tratarse de una entidad pública, encargada, entre otras funciones, de garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales a los docentes y sus beneficiarios, es claro que contra ella resulta procedente la acción de tutela en aquellos eventos en los que dicha entidad haya vulnerado, por omisión o conducta, los derechos fundamentales de sus afiliados, tal como sucede en los casos objeto de revisión. Por estas razones y en cuanto hace la acción de tutela contra esta entidad, la Sala encuentra debidamente constituida la legitimación por pasiva como presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela.*

...

*Analizando el contenido normativo de las disposiciones que regulan el contrato de fiducia, específicamente los artículos 1126 y 1234 del Código de Comercio, la Corte Constitucional concluyó que la Fiduciaria “La Previsora” S.A., sirve de medio para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, pero que la obligación de velar por el cumplimiento de dicha finalidad es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por tal razón, el pago efectivo de la prestación correspondiente corre a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, tal como se señaló, las prestaciones del personal docente serán reconocidas y pagadas por el mencionado Fondo. Es así como, con fundamento en éstas consideraciones, esta Corporación ha aceptado en múltiples oportunidades que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela.”<sup>9</sup>*

Vistas las anteriores disposiciones legales y jurisprudenciales se entrará a estudiar,

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 2006. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

## **6. EL CASO CONCRETO:**

Dentro del *sub lite*, se tiene que la parte actora requiere a través del presente trámite constitucional la realización de la cirugía denominada MASTECTOMÍA IZQUIERDA, con un profesional especializado en la materia, además, de la entrega inmediata del medicamento TRASTUZUMAB AMP 440 MG, el cual fue ordenado por el médico tratante, especialista en oncología clínica.

Del análisis de las pruebas recaudadas en el proceso, se puede entender claramente que la señora FARIDY OBEID PÉREZ, en la actualidad cuenta con 61 años de edad y se encuentra afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de cotizante (folio 18 a 20).

Es un hecho cierto, que le fue diagnosticada por su médico tratante MASTOPATIA FIBROQUISTICA BILATERAL (registro de evolución médica y ordenes de servicios asistenciales en salud, folio, 11 a 19).

También se encontró probado que, la paciente tiene una remisión médica para ser intervenida a través de procedimiento denominado MASTECTOMIA IZQUIERDA EN EL ÁREA DE ONCOLOGÍA (folio 18-19).

Ahora bien, como quiera que el punto de controversia de la parte recurrente, gira entono a discutir su vinculación al proceso alegando su falta de legitimidad para responder por los procedimientos requeridos por la actora, se tiene la Sala en este punto a fin de analizar lo siguiente:

De conformidad al marco normativo citado en precedencia, es claro para esta Magistratura, que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es una cuenta especial de la Nación, creada con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica, que dicha cuenta posee una entidad fiduciaria que actúa como vocera y administrativa



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

del patrimonio autónomo del fondo, que para el efecto es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A –FUDUPREVISORA.

Es claro también, que a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus **deberes indelegables, dentro de los que están los objetivos principales del Fondo, y dentro de ellos a su vez, la prestación de los servicios de salud**, los mismos que han sido estipulados para los entes fiduciarios tal como lo indica la Ley mercantil., así también como las disposiciones que la misma Ley 91 de 1989 constituyó para el manejo y procedimiento del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO.

Así las cosas, la FIDUCIARIA “LA PREVISORA” S.A., sirve de medio para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, dentro de la obligación de velar por el cumplimiento de las mismas que le han sido encargadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por tal razón, el pago efectivo de las prestaciones en general y **de la prestación de los servicios médicos asistenciales de los docentes corre a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Por lo anterior, la FIDUPREVISORA S.A está llamada a responder por la prestación oportuna de los servicios en salud, en su calidad de administradora de los afiliados de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, encargada de la suscripción de los contratos para la prestación de los servicios médicos asistenciales de los educadores y sus beneficiarios, por lo cual no puede evadir las obligaciones que la misma ley le ha impuesto a su cargo originadas en el contrato firmado con la Unión Temporal Región 3. Clínica las Peñitas y por tanto no hay lugar a modificar la decisión impugnada.

A guisa de conclusión, para este cuerpo colegiado los argumentos de la entidad impugnante carecen de todo asidero jurídico y legal, que conlleven a una revocatoria de la sentencia de primera instancia, como quiera que se encuentra



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

claro la vulneración de los derechos a la salud y a la seguridad social de la parte actora, así como también la legitimidad del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para responder por los servicios médicos asistenciales de sus docentes afiliados, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia impugnada, esto es, la proferida el día 2 de julio de 2015 por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE**, personalmente o por cualquier medio efectivo a la actora, a las entidades demandadas y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: ENVÍESE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**CUARTO:** De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

**QUINTO:** En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.



*Jurisdicción Contencioso*

*Administrativa*

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 107.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**