



Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de Abril de Dos Mil Veintiuno (2021)

Medio de control	ACCION DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-008-2021-00088-00
Demandante	EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO
Demandado	FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) Y CLINICA DEL NORTE
Asunto	Salud- entrega de paños desechables
Sentencia No.	40

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la acción de tutela promovida por la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, quien actúa a través de su agente oficioso, señora YOBANA VASQUEZ MOLINA, contra la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) Y CLINICA DEL NORTE, encaminada a obtener la protección a sus derechos fundamentales a la petición, salud, integridad personal y dignidad humana.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Las pretensiones de esta acción constitucional se fundan en los siguientes supuestos facticos:

PRIMERO: Afirma la agente oficiosa que su madre la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, es una mujer de 72 años la cual sufre de Poliomieltis y obesidad mórbida.

SEGUNDO: la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, sufrió un accidente cardiovascular (ACV), lo cual le trajo unas secuelas como lo son daño en los nervios sensoriales del recto y de los músculos del esfínter produciendo una pérdida de control de la defecación y de la orina permanente.

TERCERO: Producto de las secuelas mencionadas anteriormente la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO se ha venido agravando paulatinamente, necesitando de insumos médicos como lo son Paños Desechables – Pañitos Húmedos – Guantes Látex - Pasta Lassar / Oxido de Zinc Pasta 25 gramos.

CUARTO: Afirma la accionante que no cuenta con los recursos económicos suficientes para atender el suministro de los Insumos Médicos, al igual que de cualquier procedimiento, tratamiento, medicamentos, exámenes que requiera debido a la patología que padece.





QUINTO: Por tal motivo, presentó derecho de Petición como Agente Oficiosa el día 11 de febrero del 2021, ante la **CLINICA GENERAL DEL NORTE - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA**

SEXTO: Por último, la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE en su respuesta le indica que la solicitud presentada no es procedente debido a que estos Insumos Médicos se encuentran excluidos del Plan de Beneficiarios.

- **PRETENSIONES**

1. Solicita la accionante se tutele y ampare su derecho fundamental de petición y los derechos fundamentales a la salud, integridad personal, dignidad humana de su señora madre EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, apruebe y autorice: Paños Desechables – Pañitos Húmedos – Guantes Látex – Pasta Lassar / Oxido de Zinc Pasta 25 gramos.

- **CONTESTACIÓN**

➤ **CLINICA GENERAL DEL NORTE**

Afirma la entidad accionada en su escrito de contestación, que la CLINICA GENERAL DEL NORTE es la encargada de prestarle los servicios a los docentes del departamento de Bolívar y a sus beneficiarios, sin embargo expone que fiduprevisora s.a. en desarrollo del objeto social derivado del contrato de fiducia suscrito con la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, es quien administra los recursos de la cuenta especial denominada fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Por consiguiente, afirman que FIDUCIARIA LA PREVISORA - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO son quienes tienen el vínculo jurídico de afiliación con el paciente y en ese orden de ideas deberían ser ellos quienes suministren lo pedido por la accionante.

Adicional a ello, manifiestan que la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, no ha vulnerado ningún derecho fundamental o legal a la paciente EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, por el contrario, ha puesto a su disposición la totalidad de los servicios médicos para el manejo adecuado de su patología y que, revisados los registros de historia clínica, a la paciente se le brindan atenciones médicas medicas por MEDICINA INTERNA, MEDICO CARDIOVASCULAR y NEUROLOGIA.

Por consiguiente, solicitan decretar como improcedente la presente acción de tutela con respecto a la organización CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, todas y cada una de las pretensiones de la accionante.

➤ **FIDUPREVISORA - FOMAG**



20210114-03



Afirma la accionada en su contestación que no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios, es más, no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud.

Sostienen que FIDUPREVISORA S.A, surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales, quien tiene a su cargo la prestación del servicio médico y todo lo que aquel se derive, por lo que corresponde a esta última tomar las medidas tendientes a garantizar los derechos fundamentales que alega el accionante se le están conculcando, toda vez, que Fiduprevisora S.A., no hace las veces de Entidad Promotora de Salud y/o Institución Prestadora de Salud y por ende, no está legitimada para satisfacer las pretensiones de la accionante, conforme a los medicamentos requeridos.

Por último, afirman que no se puede establecer que fiduprevisora s.a. en calidad de vocera y administradora del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio (fomag) se encuentre vulnerando los derechos fundamentales del agenciada por lo que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que derive la supuesta afectación de los derechos fundamentales de la accionante por parte de fiduprevisora s.a., entidad que para los efectos actúa en nombre y representación del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio (fomag).

Por lo tanto, solicitan ser desvinculados de dicho trámite y requerir y ordenar a la clínica general del norte, quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive

- **TRAMITES PROCESALES**

La acción de tutela que se estudia fue presentada el día 20 de Abril de 2021, de manera virtual ante la Oficina de Reparto de esta ciudad, correspondiendo su reparto a este Despacho. Una vez recibido el expediente en este Juzgado, inmediatamente se procedió a su admisión. En la providencia se ordenó la notificación de las entidades accionadas, enviándose comunicación al buzón electrónico de la demandada, también se le solicitó rendir un informe sobre los hechos alegados en la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de nuestra Constitución Política como mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre





y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

Dicha garantía Constitucional, obedece precisamente al tipo de Estado que la Constitución de 1991 nos definió, es decir, siendo el Estado Colombiano un Estado Social de Derecho, responsabiliza a la administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad.

- PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico a dilucidar en el presente asunto consiste en determinar si la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) Y CLINICA DEL NORTE, vulneran los derechos fundamentales de petición, salud, integridad personal y dignidad humana de la accionante al no suministrarle los insumos médicos que requiere la accionante producto de sus patologías.

-TESIS

Se encuentra acreditado que el agenciado padece de una afectación grave a su salud; que necesita la entrega urgente de los insumos medicos; que la orden medica fue prescrita por el galeno tratante; que la EPS accionada no controvertió la capacidad económica de la parte accionante pese a haber tenido la oportunidad legal para ello; que el agenciado se encuentra en situación indefensión por tener 72 años y ser una persona de la tercera edad con antecedentes de accidente cerebro vascular (ACV), por ende requiere de especial protección por parte del estado, la sociedad y la familia, lo cual implica un tratamiento preferencial. Por los anteriores motivos el Despacho llega a la conclusión que existe una clara vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Con respecto al derecho de petición presentada por la parte accionante, esta fue contestada de fondo el 15 de abril de 2021 por CLINICA GENERAL DEL NORTE, en el cual se le informó que la entrega de pañales desechables se encontraba excluido del plan de beneficios. Por lo tanto, la entidad accionada cumplió con su deber constitucional y legal de dar respuesta a las peticiones que contra ella presenten los particulares, más allá que la respuesta no haya sido satisfactoria para la accionante. Por lo anterior, considera el despacho que el derecho de petición no se está vulnerando.

Por consiguiente, se accederá solamente a la protección de los derechos fundamentales a la salud, integridad personal y dignidad humana.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

(i) El derecho a la salud como derecho fundamental.

Tal y como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia T- 760 de 2008, donde se reiteraron los distintos criterios establecidos en la jurisprudencia Constitucional relacionados con la protección del derecho fundamental a la salud; “el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito





internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia lo fundamental de esta garantía.”

De igual manera, en dicha providencia se concretó las tres formas de protección del derecho a la salud: (i) en una época fijando la conexidad con derechos fundamentales expresamente contemplados en la Constitución, asemejando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitiendo su protección por medio de la acción de tutela; (ii) advirtiendo su naturaleza fundamental en situaciones en las que se encuentran en peligro o vulneración sujetos de especial protección, (como niños, discapacitados, ancianos, entre otros); (iii) argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.

De este modo, reconocer a la salud como un derecho fundamental y los servicios que se requieran, se traduce en que este derecho debe ser garantizado a todos los seres humanos como una comprobación fenomenológica de la dignidad de los mismos y no de un patrón deontológico que repose en un código predefinido como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De ser así, se estaría en una situación de protección constitucionalmente inadmisibles, de la cual un Estado social de derecho como el colombiano no puede sustraerse.

(ii). APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD. Sentencia T-023 de 2013

“De acuerdo con la jurisprudencia en salud, cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere, o requiere con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario. La orden del médico tratante respalda el requerimiento de un servicio y cuando ésta existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en la Plan Obligatorio de Salud”.

(iii) protección derecho a la salud de personas de la tercera edad. Sentencia T-014 de 2017.

“En virtud de ello, esta Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.





A propósito, esta Corporación ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”

(iv) Acceso a los servicios de salud que se requieran, no incluidos dentro de los planes obligatorios.

En la sentencia ídem la máxima Corporación Constitucional recogió y sistematizó las principales reglas desarrolladas por la jurisprudencia del campo sobre el derecho a la salud. Particularmente, en relación con los requerimientos de prestaciones excluidas del POS, reiteró la regla según la cual:

“se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.

En conclusión, se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando la entidad obligada a hacerlo se niega a autorizar insumos que no estén incluidos en el plan obligatorio de salud o tarda en la prestación del mismo, si se verifica la existencia de los criterios expuestos. El análisis de dichos presupuestos debe ponderarse en cada caso concreto en razón de la persona que reclama la protección; en otras palabras si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en virtud de la enfermedad que padece el paciente o al tipo de servicio que éste requiere

(v) Falta de capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos.

Respecto al requisito de falta de capacidad económica del actor para costear el procedimiento médico que requiere, se hace necesario citar la sentencia T-610 de 2013, la cual en su tenor literal, enseña:

*“Por otra parte, en cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, esta corporación ha indicado en reiteradas oportunidades que no es una cuestión **“cuantitativa” sino “cualitativa”, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él pesen.** Al respecto en la citada sentencia T-760 de 2008, se señaló*

“El derecho al mínimo vital ‘no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.’ Teniendo en cuenta que el mínimo vital es de





carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona.” (Subrayas y negrillas del despacho)

(vi) Suministro de insumos, servicios y tecnologías excluidos del plan de beneficios en salud. Sentencia T 423-2019

*“Las exclusiones del PBS son admisibles constitucionalmente siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales de las personas. Empero, en aquellos casos excepcionales en que la denegación del suministro de un servicio o tecnología por fuera del PBS afecte de manera decisiva el derecho a la salud o la dignidad de las personas, el juez de tutela deberá intervenir para su protección. En tales casos, el juez constitucional podrá ordenar la entrega de prestaciones no cubiertas por el PBS cuando el suministro: (i) sea imprescindible para garantizar la supervivencia o la dignidad del paciente; (ii) sea insustituible por lo cubierto en el PBS; (iii) sea prescrito por los médicos adscritos a la EPS de afiliación del paciente; y (iv) no pueda ser cubierto con la capacidad económica del paciente. En casos específicos en los que no se cuenta con orden médica, pero de la historia clínica o algún concepto de los profesionales de la salud se puede advertir la necesidad de suministrar lo requerido por el accionante, el juez podrá ordenar la entrega de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el PBS. **Con fundamento en estas reglas, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de servicios y tecnologías fuera del PBS como pañales [66], pañitos húmedos y sillas de ruedas”***

CASO CONCRETO

La señora YOBANA VASQUEZ MOLINA, promovió la presente acción como agente oficiosa de su madre EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, con el fin que se le amparen sus derechos fundamentales a la petición, salud, integridad personal y dignidad humana y en consecuencia se ordene al FOMAG como EPS de la accionante suministre los Paños Desechables – Pañitos Húmedos – Guantes Látex – Pasta Lassar / Oxido de Zinc Pasta 25 gramos, lo anterior en virtud que la accionante es una persona de la tercera edad (72 años), no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos que requiere su estado de salud y adicional a ello, sufre de enfermedades como Poliomieltis, obesidad mórbida, sin mencionar las demás secuelas que le dejó su accidente cerebro vascular (ACV).

Al examinar el expediente contentivo de la presente acción constitucional, el Despacho encontró lo siguiente:

- historia clínica de EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, donde se puede verificar que padece de incontinencia urinaria especificada e hipertensión esencial (primaria)

-En razón de ese padecimiento, como plan de manejo se solicitó pañales tala L, 3 DIARIOS POR 90 DIAS PARA UN TOTAL DE 270 EN 3 MESES, IRBESARTAN 150 MG X1 AMLODIPINO 10 MG X1 METOPROLOL SUSCCINATO 50 MG X1 FENITOINA SUSP 4CC CADA 8 HORAS CCITA 3 MSES





-Sin embargo, la entidad accionada CLINICA GENERAL DEL NORTE, no accede a la autorización del servicio de salud alegando que la entrega de pañales desechables se encuentra excluido del plan de beneficios.

Luego entonces, este Despacho, al analizar los elementos que rodean el caso de EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, considera que es necesario amparar solamente sus derechos fundamentales a Salud, integridad personal y dignidad humana, por las siguientes razones:

Se encuentra acreditado que el agenciado padece de una afectación grave a su salud; que necesita la entrega urgente de los insumos medicos; que la orden medica fue prescrita por el galeno tratante; que la EPS accionada no controvertió la capacidad económica de la parte accionante pese a haber tenido la oportunidad legal para ello; que el agenciado se encuentra en situación indefensión por tener 72 años y ser una persona de la tercera edad con antecedentes de accidente cerebro vascular (ACV), por ende requiere de especial protección por parte del estado, la sociedad y la familia, lo cual implica un tratamiento preferencial. Por los anteriores motivos el Despacho llega a la conclusión que existe una clara vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Con respecto al derecho de petición presentada por la parte accionante, esta fue contestada de fondo el 15 de abril de 2021 por CLINICA GENERAL DEL NORTE, en el cual se le informó que la entrega de pañales desechables se encontraba excluido del plan de beneficios. Por lo tanto, la entidad accionada cumplió con su deber constitucional y legal de dar respuesta a las peticiones que contra ella presenten los particulares, más allá que la respuesta no haya sido satisfactoria para la accionante. Por lo anterior, considera el despacho que el derecho de petición no se está vulnerando.

Así las cosas, se ordenara a FOMAG – FIDUPREVISORA que entregue los Paños Desechables – Pañitos Húmedos – Guantes Látex – Pasta Lassar / Oxido de Zinc Pasta 25 gramos, a la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, en la cantidad y periodicidad que ordene su médico tratante.

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

5. FALLA

PRIMERO: AMPARAR solamente los derechos fundamentales a salud, integridad personal y dignidad humana, de la señora EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a FIDUPREVISORA – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice y entregue Paños Desechables – Pañitos Húmedos – Guantes Látex – Pasta Lassar / Oxido de Zinc Pasta 25 gramos, a favor de EDITH DEL CARMEN MOLINA JURADO, en la cantidad y periodicidad que ordene su médico tratante.

TERCERO: Notifíquese por el medio más expedito al accionante y a la accionada (art. 30 del D. 2591/91).





CUARTO: De no ser impugnada esta providencia envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

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:

0fcb8613a451b82e36cce059e123c232b6c7365ae5160ee16df69d9c6c337e0e

Documento generado en 30/04/2021 01:18:18 PM

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



20210113-03