



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

Tunja, Primero (01) de Julio de Dos Mil Quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación N°: 150013333012 – 2015 – 00090 – 00
Accionante: MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ
Accionado: COLOMBIANA DE SALUD EPS – Y LA FIDUPREVISORA

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, interpuesta por SILVIA NAZLY CARO DE MARTINEZ, como agente oficiosa de su padre **MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ**, contra **COLOMBIANA DE SALUD EPS – Y LA FIDUPREVISORA**.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos invocados como violados.

En ese sentido se invocaron la salud en conexidad con la vida (Fl.1).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Relata la libelista que el señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, es su padre, que tiene 90 años de edad y padece de INFECCIÓN DE LAS VIAS URINARIAS, OBSTRUCCIÓN CRÓNICA PULMONAR entre otras, que le ocasionan parálisis, tal como consta en la historia clínica, en la que se justifica que existe riesgo inminente para la vida y la salud.

Que le fue formulado suplemento “*FORMULA POLIMERICA BAJA EN CARBOHIDRATOS 400 gr. Polvo para reconstituir. Cada cinco días vía oral con duración de 30 días*”, medicamento que las entidades accionadas se han negado a suministrarle, argumentando que el suplemento es un medicamento no pos y se encuentra dentro de las exclusiones para el plan de beneficiarios del magisterio.

Por ultimo señaló que las exclusiones a las que hace referencia la entidad hacen una excepción respecto de las personas en programas de promoción y prevención, como es el caso del accionante que se encuentra vinculado a este programa desde hace años como consta en la “*DEMANDA INDUCIDA emitida por la CLINICA MEDILASER S.A*” y agregó que se cumplió con todos los procedimientos clínicos ordenados por la ley sin que fuera posible la entrega del suplemento.

3. Objeto de la acción.

De la lectura del escrito contentivo de la acción de tutela, es posible identificar que la parte actora persigue que de forma inmediata y urgente le suministren el *SUPLEMENTO DE LA FORMULA POLIMERICA ESPECIAL BAJA EN CARBOHIDRATOS presentación lata de 400 gr, polvo para reconstituir, cada cinco días vía oral con una duración de treinta días, como lo ordena la justificación de medicamentos no pos (...)*” (Sic) (Fls.2 y 3).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colombiana de Salud S.A. (fl.51 a 65)

Durante el término establecido para ello, a través de apoderado COLOMBIANA DE SALUD S.A., se pronuncia respecto de la acción de tutela, argumentando que dicha entidad siempre ha estado dispuesta a brindar el tratamiento que requiere el señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, quien se encuentra vinculado a Colombiana de Salud y cuenta

con todos los servicios médicos asistenciales que presta la accionada de acuerdo a los términos de referencia suscritos con la FIDUPREVISORA S.A.

Precisa que el señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, se encuentra afiliado a Colombiana de Salud, de acuerdo con el listado que envía la FIDUPREVISORA S.A., quien es la entidad que maneja los aportes que realizan los docentes, y suscribieron un contrato para la prestación de los servicios de salud con COLOMBIANA DE SALUD S.A, servicios que se han brindado, se encuentran justificados, están dentro de los términos de referencia, es decir, no son exámenes excluidos.

Sostiene que el señor CARO JIMENEZ, no realiza ningún pago o aporte (cuota moderadora o copago) a COLOMBIANA DE SALUD S.A., y que el suplemento que pide se encuentra en las exclusiones del Plan de Beneficios del Magisterio, por cuanto se estableció que no se suministrarían *artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos*, entre otros.

Que por lo anterior no se le podría suministrar el suplemento ya que se encuentra en las exclusiones del convenio que se tiene con la FIDUPREVISORA; y que los demás exámenes, procedimientos y medicamentos ordenados por el médico tratante, han sido autorizados por la entidad como se puede apreciar con los anexos.

Concluye que COLOMBIANA DE SALUD S.A. ha prestado los servicios requeridos por el actor, siendo respetuosa y garante de los derechos fundamentales, por lo que se opone a la prosperidad de las peticiones.

Fiduprevisora

Guardo Silencio.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones del actor deben realizarse las siguientes consideraciones:

1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer si se le han vulnerado al Señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, por parte de las accionadas COLOMBIANA DE SALUD S.A., Y FIDUPREVISORA, sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida.

2. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Así pues, debe decirse que en el presente caso el actor invoca como derechos presuntamente vulnerados la salud, la vida y la seguridad social, los cuales ostentan linaje fundamental, por lo que resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional bajo estudio, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas a que para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de *Habeas Corpus*, se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De otro lado, el artículo 8º del tantas veces mencionado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone que **"Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."** (Negrillas fuera de texto)

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional¹, debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

Así las cosas, al descender al caso concreto, este Despacho encuentra que en el asunto que aquí nos ocupa no existe otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante como vulnerados, por lo que resulta procedente estudiar de fondo la presente acción.

Ahora bien, las personas de la tercera edad hace parte del grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2285-01 (AC) Actor: COOMEVA E.P.S. S.A. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

"Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

*La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que **es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran***".(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

3. Principios y carácter fundamental de los derechos a la vida a la salud y a la seguridad social.

Sobre el particular, sea lo primero indicar que conforme al artículo 11 de la Constitución Nacional, el derecho a la vida es **inviolable**.

Ahora bien, en la sentencia C-463 de 2008 la Honorable Corte Constitucional señaló, acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud, lo siguiente:

*"(...) La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud."*²

En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado"*, de manera que *"se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentalidad, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, desde sus inicios, ha venido protegiendo este derecho por vía de la acción tutelar.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentalidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado Social de Derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida³.

Aunque de manera reiterada la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo⁴ y por conexidad⁵, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha

²En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la morfinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente."

³Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993

⁴En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998

reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo⁶. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005⁷, indicó:

*“Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que **hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental.** (...)”*

*Así las cosas, **se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales.** (...).”* (Negrilla fuera del texto original).

De esta manera, y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones⁸ la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continúa, permanente y sin interrupciones de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud.

Ahora bien, el Alto Tribunal también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población y de contera a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que por conexidad se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. Cabe recordar aquí que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional, es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ningún otro para que adquiera tal status.

De otro lado, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal.

Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en **conexión inescindible** con el derecho a la vida o a la dignidad, e incluso al libre desarrollo de la personalidad.⁹ En este punto, además, no debe perderse de vista que la salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 Superior, disposición que, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativa de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas¹⁰.

De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.¹¹

⁶Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005

⁷Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

⁸MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

⁹Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

¹⁰Cf. entre otras, las sentencias [T-409/95](#), [T-556/95](#), [T-281/96](#), [T-312/96](#), [T-165/97](#), [SU.039/98](#), [T-208/98](#), [T-260/98](#), [T-304/98](#), [T-395/98](#), [T-451/98](#), [T-453/98](#), [T-489/98](#), [T-547/98](#), [T-645/98](#), [T-732/98](#), [T-756/98](#), [T-757/98](#), [T-762/98](#), [T-027/99](#), [T-046/99](#), [T-076/99](#), [T-472/99](#), [T-484/99](#), [T-528/99](#), [T-572/99](#), [T-654/99](#), [T-655/99](#), [T-699/99](#), [T-701/99](#), [T-705/99](#), [T-755/99](#), [T-822/99](#), [T-851/99](#), [T-926/99](#), [T-975/99](#), [T-1003/99](#), [T-128/00](#), [T-204/00](#), [T-409/00](#), [T-545/00](#), [T-548/00](#), [T-1298/00](#), [T-1325/00](#), [T-1579/00](#), [T-1602/00](#), [T-1700/00](#), [T-284/01](#), [T-521/01](#), [T-978/01](#), [T-1071/01](#).

¹¹Cf. sentencias Nos. T-200/93 y T-165/95, entre otras.

¹²Sentencia C- 615-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Para ahondar en argumentos, resulta importante destacar lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T – 391 de 2013, respecto de los componentes del derecho a la seguridad social. Nótese:

“5.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica. **Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones** en sus dos modelos estructurales: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

5.2. Conforme con su configuración constitucional y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional como aquellos cuya realización efectiva exige un amplio desarrollo legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad.^[5]

5.3. Sin embargo, recientemente, la Corte ha venido sosteniendo que, independientemente de su naturaleza, **todos los derechos constitucionales, llámense civiles, políticos, sociales, económicos o culturales son fundamentales, en la medida en que “se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”**. Bajo esa concepción, ha explicado que el contenido prestacional de algunos derechos, es decir, la necesidad de desarrollo legal, económico y técnico, no es lo que determina su carácter fundamental, aun cuando tal hecho sí tiene incidencia directa en la posibilidad de que sean justiciables por vía de tutela, dada su definición y autonomía.

Así, entonces, “la jurisprudencia ha distinguido entre (i) la fundamentalidad de los derechos, que se predica de todos y que surge de su relación con los valores que la Carta busca garantizar y proteger, y (ii) la posibilidad de que los mismos sean justiciables, lo cual, frente a los derechos de contenido prestacional, depende del desarrollo legislativo, reglamentario y técnico necesario para su configuración”^[6].

5.4. En ese orden de ideas, la corporación ha evolucionado en el sentido de **sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos legales que le han dado desarrollo, y excepcionalmente, cuando la falta de ciertos contenidos afecta el mínimo de dignidad y la calidad de vida del afectado**. (Negrillas fuera de texto)

Así pues, es notorio cómo la Corte ha dado la interpretación necesaria de las disposiciones constitucionales, a efectos de poder identificar la Seguridad Social como un Derecho de carácter fundamental, aún más, cuando se encuentra directamente relacionado con las afectaciones a los mínimos de dignidad y calidad de vida de la persona afectada. Se concluye así, que el derecho indicado es susceptible de ser protegido por vía tutelar, en razón a su núcleo esencial.

4. Régimen de seguridad social en salud del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio

De acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social que tiene una proyección general, no le es aplicable a todos los estamentos que hacen parte de la comunidad nacional. La propia ley reconoce una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normatividad general. Tal es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del personal regido por el Decreto 1214 de 1990 y de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

Por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, 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, en la actualidad, es fiduciaria La Previsora S.A.

Por otra parte, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien corresponde la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

"(...) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹², recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)."¹³

Así las cosas, de conformidad con la normatividad que rige la materia contractual, la Fiduciaria La Previsora como administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, procede a suscribir distintos contratos para la prestación de servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de dicho fondo en los términos de la Ley y los pliegos de condiciones.

De lo anterior se puede concluir que las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional, pueden brindar coberturas más amplias y servicios adicionales a los afiliados del magisterio. Esta situación para la Corte Constitucional repercute que:

"al no existir homogeneidad en los servicios médicos asistenciales prestados en este régimen especial, es pertinente tener en cuenta que hasta que el sistema no se consolide y preste los servicios en forma universal y en condiciones de igualdad para todos, en el caso de los docentes vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, la prestación depende de la oferta de servicios que haya en cada región y la disponibilidad de recursos con que cuente cada Departamento, los cuales deben estar plasmados en el respectivo contrato de fiducia, sin que por ello se deba entender que se pueden desconocer los principios y valores contemplados en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte"¹⁴.

¹² Ley 91 de 1989, artículo 3°

¹³ Sentencia T-348 de 1997, reiterada en las sentencias T-197 de 2006, T-1052 de 2006 y T-318A de 2009.

¹⁴ Sentencia T-318A de 2009. En ese caso específico, la Corte tuteló el derecho a la salud, a la vida y a la dignidad humana de una docente del departamento del Valle del Cauca, quien reclamaba que Cosmitet Ltda le practicara una cirugía bariátrica. Así, ordenó a la entidad accionada que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le había sido prescrita a la actora, la sometiera a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministrara la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que podrían generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, para que manifestara de manera libre y espontánea su voluntad de someterse a la misma. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad debía autorizar y gestionar la práctica de la intervención quirúrgica, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de los médicos tratantes de la actora.

5. Análisis del caso en concreto.

De las pruebas allegadas al *sub examine* es posible dar por acreditadas las siguientes circunstancias:

- Copia de la cédula de ciudadanía No. 994.974 del señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, nacido el 10 de mayo de 1925 (fl.08)
- Apartes de la historia clínica del señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, en la que se evidencia que el 26 de mayo de 2015, la Dra. LINA MARIA CORDOBA TORRES, médico general de la Clínica Medilaser S.A., suscribe justificación de medicamentos no Pos, en favor del demandante solicitando el medicamento *FORMULA POLIMERICA ESPECIAL BAJA EN CARBOHIDRATOS presentación lata de 400 gr, polvo para reconstituir, cada cinco días vía oral con una duración de treinta días*, bajo la justificación de que existe un riesgo para la vida y salud del paciente, se han agotado las posibilidades terapéuticas existentes, es un medicamento utilizado en el país, el uso corresponde a la indicación registrada en el Invima, y las razones obedecen a que se trata de "UN PACIENTE EN POP DE CX CARDIACA DE ALTO RIESGO DIABETICA OBESA CURSO CON FALLA RESPIRATORIA PROLONGADA, INFARTO PERIOPERTARIO SOPROTE INOTROPICO FALLA RENAL ALTO RIESGO NUTRICIONAL SE DA ALIMENTACION SUPLEMENTARIA MIENTRAS ALCANZA LA ALIMENTACION NORMAL PARA EVITAR COMPLICACIONES COMO INFECCIONES NEUMONIA Y ESTANCIA PROLONGADA EN HOSPITALIZACION". (...) "PACIENTE CON HIPOREXIA IMPORTANTE POR LO QUE LA INGESTA DE ALIMENTOS HA SIDO MUY BAJA DURANTE LA HOSPITALIZACION POR LO QUE SE NECESITA COMPLEMENTACION NUTRICIONAL CON FORMULA POLIMERICA BAJA EN CARBOHIDRATOS GLUCERNA SR 2 VASOS AL DIA Y AL EGRESO DE HOSPITALIZACION SI HA MEJORADO LA INGESTA DE ALIMENTOS CONTINUAR CON UN VASO AL DIA DE MANTENIMIENTO Y RECUPERACIÓN NUTRICIONAL MÍNIMO POR 3 MESES YA QUE MUESTRA DETERIORO DE SU ESTADO NUTRICIONAL. PARA LA DOSIS DE 1 VASO AL DIA SE REQUIERE DE 4 LATAS DE GLUCERNA SR POLVO POR 400G AL MES YA QUE DE CADA LATA SOLO SALEN 7 VASOS PREPARADOS Y PARA 3 MESES SE NECESITARAN 13 LATAS DE 400G". (Fls.9-13, 16-32).
- Copia de la relación de exclusiones del Plan de Beneficios del Magisterio, dentro de las cuales se determina en el numeral 10, que "...No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados en los Programas de Promoción y Prevención)..." (SIC) (fl.14)
- Copia de la autorización No. 4339709 de fecha 19 de junio de 2015, de Colombiana de Salud, en la que se ordena el suministro *DE SUPLEMENTO NUTRICIONAL GLUCERNA LATA 400 GR CANTIDAD 6*, para el afiliado señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ (Fl.60), resáltese que tal autorización corresponde a la orden impartida en la medida cautelar decretada desde la admisión de la tutela.
- Copia de la relación de servicios médicos, medicamentos, terapias y tratamientos ordenados por COLOMBIANA DE SALUD S.A., en favor del señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ (fls. 61 a 65).

Como se evidencia con el auto admisorio de la demanda del día 17 de junio de 2015 (Fl.35-37), se decretó la siguiente medida cautelar:

"(...) **ORDENAR** a COLOMBIANA DE SALUD E.P.S. y LA FIDUPREVISORA **que en forma inmediata** una vez se notifique la presente decisión **proceda**, si aún no lo ha hecho, le sea autorizado y suministrado el SUPLEMENTO FORMULA POLIMERICA ESPECIAL BAJA EN CARBOHIDRATOS 400gr que requiere de manera urgente el señor **MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ**, en aras a lograr el fin último de la elevación de la acción constitucional de tutela; allegando a éste estrado judicial informe y soporte documental que permita evidenciar el cumplimiento de lo ordenado. (...)"

En cumplimiento de la orden anterior, se acredita por parte de COLOMBIANA DE SALUD S.A., con los documentos allegados al escrito de contestación de tutela, que se procedió a expedir la autorización de suministro del medicamento respectivo, desde el día 19 de junio

de 2015 (fl.60), no obstante, no se allegó al expediente prueba que permita afirmar con certeza que efectivamente le fue entregado el medicamento al usuario, o que en tal sentido se hubiese desplegado alguna gestión por parte de la entidad obligada, para entender que ha cesado la vulneración a los derechos fundamentales del actor, contrario sensu, pese a la gestión adelantada por la entidad, las documentales dan cuenta de que la entidad desde cuando fue ordenado el medicamento (**26 de mayo de 2015**), se negó al suministro del mismo **bajo el argumento de que el mismo se encuentra enlistado en los excluidos del Plan de Beneficios del Magisterio.**

Por lo tanto, en razón a tal justificación es preciso señalar que, cuando los servicios de salud han sido excluidos del plan de atención a Salud que se aplica a los regímenes especiales como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Corte Constitucional en Sentencia T-644 de 2010¹⁵ ha aceptado la posibilidad que por vía analógica, se le apliquen las subreglas estipuladas en la Sentencia T-760 de 2008¹⁶, para la corte:

"Las (...) subreglas resultan plenamente aplicables, por vía analógica, a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios." (Negrilla fuera de texto).

Tales subreglas consisten en:

- Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- Que se trate 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, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.
- Que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio está autorizada legalmente a cobrar.

De cumplirse tales reglas la Corte ha manifestado que se puede inaplicar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo como quiera que la prestación del servicio se requiere con necesidad.

Ahora bien, examinando tales requisitos al caso en concreto se encuentra que:

- El accionante es una persona de la tercera edad, quien presenta riesgo inminente para su vida y salud, de alto riesgo diabético, con falla respiratoria prolongada, infarto periopertario soporte inotropico, falla renal, alto riesgo nutricional, que requiere alimentación suplementaria para evitar complicaciones como infecciones, neumonía y estancia prolongada en hospitalización (fl.9)
- No se demostró que el medicamento que fue ordenado al paciente pueda ser suplido con otro.
- El medicamento "FORMULA POLIMERICA ESPECIAL BAJA EN CARBOHIDRATO" presentación: Lata x 400 g. Grupo Terapeuta: VITAMINAS, MINERALES Y NUTRIENTES. Cantidad solicitada: 6 meses;, fue ordenado por la Medica General LINA MARIA CORDOBA TORRES (Fls.9-12), del cual nunca se manifestó que no estuviera adscrito a la EPS Colombiana de Salud.
- No se demostró que el paciente no pueda sufragar los costos del medicamento, no obstante, se reitera se trata de una persona de la tercera edad, que goza de protección especial, la cual se encuentra afiliado al sistema de salud de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en calidad de Beneficiario (Fl. 8).

¹⁵ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por lo brevemente expuesto el Despacho considera que están dadas las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la tutela como mecanismo para ordenar que la EPS Colombiana de Salud, autorice y suministre el medicamento "el SUPLEMENTO DE LA FORMULA POLIMERICA ESPECIAL BAJA EN CARBOHIDRATOS presentación lata de 400 gr.

De lo hasta aquí expuesto, para esta instancia resulta claro que al demandante se le vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, al no recibir por parte de COLOMBIANA DE SALUD. S.A, a la cual se encuentra afiliado en el régimen CONTRIBUTIVO (FL.9) la atención medica integral necesaria a fin de aliviar sus dolencias.

Tal actuar es contrario a las disposiciones de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria del derecho fundamental a la salud, según la cual:

*"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" (Artículo 2) (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Debe dejarse de presente que conforme a la norma en comento, uno de los principios básicos que rigen el Sistema Integral de Seguridad Social **es el de la integralidad en la prestación de los servicios de salud**, que lleva inmerso los siguientes contenidos mínimos:

*"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados **de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud**, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. **No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada"** (Artículo 8) (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Se destaca que el principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud, no es una novedad de la Ley estatutaria del derecho fundamental a la salud, ya que el mismo se gestó en un primer momento desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, luego de forma taxativa en el Plan Obligatorio de Salud. En este sentido la Resolución N° 5521 de 2013, en el artículo 3, numeral 1, explicitó:

*"**Integralidad.** Toda tecnología en salud contenida en el Plan Obligatorio de Salud para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, debe incluir lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante."*

Vistas las cosas como están, el Despacho manifiesta que acertó con el decreto de la medida provisional concedida en favor de la parte actora, en ese sentido, como hasta el momento no se ha acreditado su pleno cumplimiento por las accionadas, lo que pone de manifiesto la continuación de la vulneración de los derechos fundamentales invocados de protección, los mismos se tutelaran de forma definitiva, ordenando al representante legal de COLOMBIANA DE SALUD S.A, que le suministre el medicamento requerido y le brinde la atención médica integral necesaria dadas sus condiciones especiales.

Finalmente, se considera pertinente hacer un enérgico llamado de atención a la entidad accionada, para que, en adelante, proteja con sus actuaciones los derechos

fundamentales de las personas usuarios del servicio de seguridad social y evite tratos negligentes hacia los mismos.

6. Conclusión.

Por todo lo antes expuesto se tutelaré respecto del Señor **MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ**, con carácter definitivo los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, y consecuencia se ordenará al Representante legal de la EPS Colombiana de Salud, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho proceda a suministrar "SUPLEMENTO NUTRICIONAL GLUCERNA LATA 400 GR", por el tiempo que sea necesario y según la justificación de medicamentos y autorización previamente expedida por el médico tratante y en general todo el **tratamiento médico** que requiera el accionante a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Ello atendiendo al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- TUTELAR con carácter definitivo respecto del ciudadano MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, vulnerados por COLOMBIANA DE SALUD S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces en COLOMBIANA DE SALUD S.A., que de forma inmediata una vez se notifique la presente decisión **proceda, si aún no lo ha hecho**, a realizar todas las gestiones necesarias para que le sean SUMINISTRADOS LOS MEDICAMENTOS "SUPLEMENTO NUTRICIONAL GLUCERNA LATA 400 GR", por el tiempo que sea necesario y según la justificación de medicamentos y autorización previamente expedida por el médico tratante y en general todo el **tratamiento médico** que requiera el señor MIGUEL ANTONIO CARO JIMENEZ, a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Ello atendiendo al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud.

TERCERO.- EFECTUAR un enérgico llamado de atención a COLOMBIANA DE SALUD S.A, para que, en adelante, proteja con sus actuaciones los derechos fundamentales de las personas usuarios del servicio de seguridad social y evite tratos negligentes hacia los mismos.

CUARTO.- INFORMAR a las partes que ésta decisión puede Impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

QUINTO.- Para los efectos de notificación de las partes, procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- De no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado por

EMILSEN GELVES MALDONADO
JUEZ