



**JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**  
Medellín, Tres (3) de Junio de Dos Mil Veinte (2020)

Accionante	<b>Loida Yuceth Malfitano Jiménez</b> C.C. Nro. 54.253.278
Afectada	<b>Clarisa del Carmen Mosquera Palacios</b> C.C. Nro. 35.602.407
Accionada	<b>Sumimedical S.A.S.</b> , miembro integrante de <b>UT Redvital</b>
Vinculadas	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ <b>UT Redvital</b></li><li>➤ <b>Fiduprevisora S.A.</b></li><li>➤ <b>Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia – IPS Universitaria</b></li><li>➤ <b>Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social</b></li></ul>
Radicado	05001 41 05 <b>002 2020 00112 01</b>
Procedencia	Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín.
Instancia	Segunda
Sent. Tutela	Nro. 069
Sent. Unificada	Nro. 100
Temas	Derechos Fundamentales a la <b>Salud, Seguridad Social, Vida Digna, Igualdad, y Protección Especial</b> que se le debe brindar a los <b>Disminuidos Físicos</b>
Decisión	<b>CONFIRMA</b>

## **1. ASUNTO**

Se decide el recurso interpuesto por quien dijo actuar como Representante Legal de **Sumimedical E.P.S.**, miembro integrante de la **U.T. Red Vital**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de Marzo de 2020, por medio de la cual se accedió a las pretensiones invocadas por **Loida Yuceth Malfitano Jiménez**, identificada con la C.C. Nro. 54.253.278, quien actúa como agente oficioso de **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407. En consecuencia, pide la entidad impugnante, se declare improcedente la acción de amparo constitucional, para lo cual aduce que **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** no se encuentra afiliada al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pues según certificación expedida por éste su estado es “Retirado”.

### **1.1. Fundamentos Fácticos**

**Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** tiene 57 años de edad, y está afiliada como cotizante pensionada por invalidez a la **EPS Sumimedical**. A la paciente se le diagnosticó “Demencia no Especificada” y “Otras Convulsiones no Especificadas”, pero su deterioro neuronal le impide alimentarse por vía oral, razón por la cual le practicaron una gastrotomía (Colocación de Tubo Flexible de Alimentación a través



de la Pared Abdominal hasta el Estómago). A raíz de la situación, los especialistas en nutrición ordenaron alimentarla a través de la sonda gastrotomía con “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN Lata CC Lata por – 237 ml” en cantidad de 6 latas diarias, para un total de 180 latas al mes. La orden nutricional se presentó en la **EPS Sumimedical**, pero no fue autorizada por tratarse de un servicio no contenido en el Plan de Beneficios. La tutelante se encuentra pensionada por invalidez con una mesada equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, circunstancia que le impide sufragar por su cuenta los servicios de salud dispuestos por el médico tratante.

## **1.2. Solicitud de Tutela**

A través de la presente Acción Constitucional, la agente oficiosa de **Clarisa del Carmen Lopera Palacios** solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social, Vida Digna e Igualdad, así como la Protección Especial que se le debe brindar a los Disminuidos Físicos. Y que, como consecuencia, se le ordene a la **EPS Sumimedical** adelantar los trámites administrativos y financieros necesarios para que se le suministre a la paciente la “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN lata por 237 ml” conforme a las características y cantidades dispuesta en la orden adjunta; y le brinde el tratamiento médico integral que requiera (citas médicas, cirugías, terapias, medicamentos y demás procedimientos) y que se deriven de su patología de “Demencia no Especificada” y “Otras Convulsiones no Especificadas”.

## **1.3. Pronunciamiento de la Entidad Accionada y las Entidades Vinculadas**

Admitida la acción de amparo constitucional, notificada en debida forma y vencido el término legal, la entidad accionada y las vinculadas respondieron en los siguientes términos:

### **1.3.1. Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social**

Quien dijo actuar como Apoderada General de la **Fundación Médico Preventiva S.A.** afirmó que esa Institución Prestadora de Servicios de Salud le brindó atención médico asistencial a los docentes adscritos al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y a sus beneficiarios, en virtud del contrato suscrito directamente con la **Fiduprevisora S.A.** Que en reciente licitación pública convocada para su adjudicación, la IPS no fue seleccionada para dirigir nuevamente dicho



contrato, razón por la cual no está legitimada para resolver lo peticionado por **Clarisa del Carmen Lopera Palacios**. Y que los usuarios adscritos al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** son atendidos por la **Unión Temporal Red Vital**.

### **1.3.2. Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia – IPS Universitaria**

Quien dijo actuar como Apoderada de la **IPS Universitaria** explicó que esa Institución Prestadora de Servicios de Salud y **Sumimedical Ltda.** hacen parte de la **Unión Temporal Red Vital**, creada en virtud de la Invitación Pública Nro. 002 de 2017 realizada por la **Fiduprevisora S.A.** y a quien se le adjudicó la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral , así como la atención médica derivada de los riesgos laborales de los afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. Que la **UT Red Vital** se conformó mediante el Anexo Nro. 5 que asignó una participación del 2% a la **IPS Universitaria** con el fin de que garantizara la prestación integral de los servicios médicos asistenciales en los niveles III y IV en los Departamentos de Antioquia y Chocó; y del 98% a **Sumimedical SAS** a efectos de garantizar la prestación integral de los servicios médicos asistenciales en los niveles I y II en los Departamentos de Antioquia y Chocó. Que en la Cláusula Tercera del Contrato Nro. MAG-274 de 23 de Noviembre de 2017, el cual se rige por los términos de la Invitación Pública Nro. 002 de 2017, así como por las adendas y prorrogas establecidas por la **Fiduprevisora S.A.**, se estableció que el contratista se obligaba a prestar los servicios descritos en el Anexo Nro. 7. Que en dicho Anexo "...se estipularon objetivamente las obligaciones que adquiere la **IPS Universitaria** respecto de los afiliados a la **UT Red Vital**, el cual contempla únicamente procedimientos de alta complejidad...", sin que dentro de sus obligaciones se consagre o sugiera la entrega de medicamentos, cuya competencia recae única y exclusivamente en **Sumimedical SAS**. Y que la **IPS Universitaria** no es la llamada a responder por las atenciones objeto de la presente acción de tutela.

Allegó copia del Contrato de Prestación de Servicios Médico Asistenciales Nro. MAG-274 de 23 de Noviembre de 2017 suscrito entre **Sumimedical SAS** y la **IPS Universitaria**; el Anexo Técnico Nro. 7 de 23 de Noviembre de 2017 – Servicios Contratados; y el Anexo Nro. 5 de 10 de Marzo de 2017 – Documento de Conformación.



### 1.3.3. Sumimedical SAS

Quien dijo ser el representante legal de **Sumimedical SAS** manifestó que desde el 23 de Noviembre de 2017 la **Unión Temporal Red Vital** es la competente para garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** en la Región 8 (conformada por los Departamentos de Antioquia y Chocó), en virtud de la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios de Salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica derivada de los Riesgos Laborales realizada por la **Fiduprevisora S.A.** dentro de la Invitación Pública Nro. 2 de 2017. Que los insumos médicos como leches se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS, así como del Plan de Salud para los Afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. Que dicho insumo también hace parte de las exclusiones reguladas en el plan de salud de los afiliados al **Fomag**. Y que en el sub júdece no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para excepcionar lo dispuesto en el régimen de exclusiones consagrado en la Ley 91 de 1989, toda vez que no se prueba la coexistencia de los mismos en los anexos aportados con el escrito de tutela.

Adicionalmente, si bien es un principio **Sumimedical SAS** aceptó la afiliación de **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**; también lo es que, en memorial allegado con posterioridad, aseveró que la mencionada no se encontraba como afiliada activa al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, para lo cual allegó Certificado de Afiliación expedido por el **Fomag** el 9 de Marzo de 2020 que informa que "...Clarisa del Carmen Mosquera Palacios identificado(a) con CC No 35602407 se encuentra Retirado como Cotizante Pensionado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, con IPS Sumimedical SAS Sede Argentina...".

### 1.4. Decisión de Primera Instancia

En sentencia proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de Marzo de 2020 se concedió la acción de amparo constitucional, por considerar el Juez de Tutela que "...los trámites administrativos internos..." no pueden afectar la prestación efectiva de los tratamientos médicos requeridos por **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, manos aún convertirse en una barrera de acceso para la salud de sus afiliados, máxime cuando existe un delicado estado de salud como el de la accionante.



Por ende, le ordenó al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag**, administrado por la **Fiduprevisora**, que dentro de las 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la providencia, si aún no lo había hecho, le suministrara a **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** el suplemento alimenticio denominado “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN Lata por 237 ml” en cantidad de 6 latas al día para pasar por Sonda Gastrostomía, para un total de 180 latas al mes, en los términos prescritos por los médicos tratantes. Previa advertencia que dicho servicio debía ser garantizado a través de la **Unión Temporal Red Vital**, la EPS o IPS contratada o que deba contratar para ello.

### 1.5. Impugnación

Inconforme con la decisión, quien dijo actuar como Representante Legal de la **IPS Sumimedical SAS**, como miembro integrante de la **Unión Temporal Red Vital**, presentó impugnación, para lo cual adujo que **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407, no se encuentra afiliada al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, quien según certificación expedida por éste el 11 de marzo de 2020 presenta “Estado Retirado”.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.4. Problema Jurídico

Atendiendo las manifestaciones expuestas en los libelos de tutela y de impugnación a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de Marzo de 2020, corresponde a este Juez Constitucional determinar si la **IPS Sumimedical SAS**, como miembro integrante de la **Unión Temporal Red Vital**, debe suministrarle a **Clarisa del Carmen Lopera Palacios** la “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN lata por 237 ml” conforme a las características y cantidades dispuestas por su médico tratante; y el tratamiento médico integral que requiera (citas médicas, cirugías, terapias, medicamentos y demás procedimientos) y que se deriven de sus patologías de “Demencia no Especificada” y “Otras Convulsiones no Especificadas”. Pues según lo afirmado por la **IPS Sumimedical SAS**, como miembro integrante de la **Unión Temporal Red Vital**, no le corresponde brindarle a la tutelante pensionada los servicios médico asistenciales en razón a que no se encuentra afiliada al **Fondo Nacional de**



**Prestaciones Sociales del Magisterio**, quien en certificación de 11 de Marzo de 2020 registró su “Estado Retirado”.

## **2.5. La Salud como Derecho Fundamental**

Conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado; y por tal razón, a éste le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Adicionalmente, el Estado debe establecer las políticas para la prestación del servicio de salud por las entidades privadas; ejercer su vigilancia y control; y establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley.

En desarrollo de este precepto constitucional, la Corte Constitucional le reconoció a la salud una doble connotación: derecho y servicio público<sup>1</sup>. Frente a la salud como derecho, la jurisprudencia ha sostenido que debe ser prestada en forma oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; y en relación a la salud como servicio público, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

En un principio, la salud como derecho fue catalogada como un derecho prestacional que dependía de su conexidad con otro derecho considerado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la jurisprudencia constitucional modificó su postura, afirmando que la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana<sup>2</sup>.

Esta posición fue recogida por la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictaron otras disposiciones, preceptiva que fue objeto de control previo de constitucionalidad a través de la Sentencia de Constitucionalidad 634 de 2015. Y al respecto, el artículo 2º, estableció la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud, en los siguientes términos: “...El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

<sup>1</sup> Sentencias de Tutela 134 de 2002, 544 de 2002, 361 de 2014, entre otras

<sup>2</sup> Sentencias de Tutela 859 de 2003, 837 de 2006, 631 de 2007, 076 de 2008, 760 de 2008, entre otras.



“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 trabajo 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...”.

Conforme a lo expuesto, es claro que tanto la jurisprudencia actual como la normatividad legal vigente, establecen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende, entre otros elementos, el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

De otro lado, la protección del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad reviste una mayor trascendencia constitucional, pues se trata de sujetos de especial protección constitucional en atención a la situación de indefensión en la que se encuentran.

Esta situación fue considerada en la Ley 1751 de 2015, que en su artículo 15 definió como sujetos de especial protección, entre otros, las personas en condición de discapacidad. Precisamente que éstas gozarán de especial protección por parte del Estado; y su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

## **2.6. Régimen de Seguridad Social en Salud aplicable a los Docentes y Pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

La Ley 100 de 1993 reguló, entre otros asuntos, la organización del Sistema de Seguridad Social en Salud; y en el artículo 201 ibídem estableció que en el Sistema de Seguridad Social en Salud coexisten, articuladamente, para su financiamiento y administración, los regímenes contributivo<sup>3</sup> y subsidiado<sup>4</sup> de salud, este último con vinculaciones a través del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga<sup>5</sup>.

Adicionalmente, en consonancia con lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral también se compone de unos

<sup>3</sup> Libro Segundo, Título III, Capítulo I de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.

<sup>4</sup> Libro Segundo, Título III, Capítulo II de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.

<sup>5</sup> Libro Segundo, Título III, Capítulo III de la Ley 100 de 1993 y otras normas concordantes.



regímenes de carácter especial o exceptuados, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normatividad general. Y dentro de tales excepciones se encuentran las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, el cual se rige por sus propios estatutos. Excepción al régimen general que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C 461 de 1995.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística (artículo 3º), siendo uno de sus principales objetivos el garantizar la prestación de los servicios médico – asistenciales requeridos por los docentes activos y pensionados, así como sus beneficiarios, atendiendo para ello las directrices impartidas por el Consejo Directivo del Fondo (numeral 2º del artículo 5º).

Y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 3º ibídem, el Ministerio de Educación Nacional (como Fideicomitente) y la Fiduprevisora S.A. (como Sociedad Fiduciaria) suscribieron un contrato de fiducia mercantil para la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según Escritura Pública Nro. 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría Nro. 44 del Círculo de Bogotá, con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente<sup>6</sup>.

A juicio de la Corte Constitucional el Régimen de Seguridad Social en Salud de los educadores estatales activos y pensionados se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa encargada de la atención de los usuarios. Y para lo cual expresó:

“(…) El numeral 5º 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 Magisterio, 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 3º-c)”<sup>7</sup>.

Luego, es claro que las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud

<sup>6</sup> Sentencia de Tutela 496 de 2014, reiterada en Sentencia de Tutela 177 de 2017

<sup>7</sup> Ibídem.



a los docentes activos y pensionados, así como a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>8</sup>.

Como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades el máximo órgano de cierre constitucional, la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que en aquellos se otorga a los afiliados y beneficiarios no sean desfavorables respecto de los del régimen general. Es decir, "...la creación de tales regímenes no desconoce el principio constitucional de igualdad, en tanto el tratamiento diferenciado en cuestión esté encaminado a "mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general..."<sup>9</sup>.

## **2.7. La Libertad de Escogencia del Sistema de Salud**

Al tenor de lo previsto en el numeral 3.12 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011, el Sistema de Seguridad Social en Salud garantiza a los usuarios la libertad para escoger la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la que deseen afiliarse, así como la Institución Prestadora de Servicios (IPS) dentro de su red. Y según la Corte Constitucional, la libertad de escogencia es uno de los principios rectores del Sistema de Seguridad Social en Salud; y, además, una manifestación de varios derechos fundamentales, entre ellos, "...la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social..."<sup>10</sup>.

Sin embargo, esa alta corporación también ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho absoluto<sup>11</sup>, debido a que tiene limitaciones de origen contractual<sup>12</sup> y legal. Y en "...lo que atañe a las restricciones<sup>13</sup> legales relevantes para el caso sub examine, se tiene que los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por disposición de los artículos 4 de la Ley 91 de 1989 y 6 de la Ley 60 de 1993, no gozan de la libertad para elegir la EPS de su preferencia. La afiliación al Fondo es obligatoria y la elección del prestador de los servicios de salud le corresponde al administrador del Fondo. Tal situación, según lo ha entendido esta Corte<sup>14</sup>, encuentra su justificación en la necesidad de hacer sostenible el subsistema de salud del

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Sentencia de Tutela 907 de 2004

<sup>10</sup> Sentencias de Tutela 126 de 2010 y 423 de 2007

<sup>11</sup> Sentencia de Tutela 519 de 2014

<sup>12</sup> Sentencia de Tutela 318 de 2015, entre otras.

<sup>13</sup> En la Sentencia de Tutela 745 de 2013 se analizó la libertad de escogencia de los miembros de la Policía Nacional.

<sup>14</sup> Sentencia de Unificación 559 de 1997.



Magisterio, lo cual es correlato de la solidaridad que caracteriza los sistemas de salud...".  
(Sentencia de Tutela 448 de 2017)

### **3. CASO CONCRETO**

Analizada la abundante prueba documental aportada al proceso, se observa que **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407, tiene 58 años de edad, toda vez que nació el 17 de abril de 1962; y que ésta presenta un diagnóstico de "Crisis Convulsiva", "Deterioro Neurológico" y "Otras Convulsiones y las no Especificadas".

La historia clínica de la paciente informa, además, que el 13 de febrero de 2020, la especialista en nutrición (Dra. Laura Melisa Ayala Villegas – Registro 5-7716-11) le ordenó el suministro de "Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN Lata CC Lata por 237 ml" en cantidad de 6 latas cada 24 horas para pasar por Sonda Gastrostomía, para un total de 180 latas al mes. Y como justificación del servicio solicitado adujo que la "*...paciente presenta condiciones clínicas que no le permiten alimentarse por vía oral...*", lo que le "*...impide garantizar los requerimientos diarios necesarios que ayuden a prevenir el deterioro del estado nutricional o a recuperar el mismo...*", máxime que "*...no se le debe suministrar nutrición mixta con alimentos convencionales, ni gastroclisis artesanal, porque la absorción de los nutrientes no es adecuada ni suficiente, y puede seguir generando intolerancia...*", además de ser "*...un riesgo en la seguridad del paciente por la contaminación microbiana que se puede generar durante la preparación y administración de alimentos convencionales por sonda o en el caso de uso de productos comerciales en polvo y... también podría generar intolerancias gastrointestinales en el paciente por la osmolaridad alta de los nutrientes que llegan directamente a estomago...*".

De otro lado, en respuesta radicada en la Oficina Judicial de Medellín el 28 de Febrero de 2020, quien dijo actuar como representante legal de **Sumimedical SAS** manifestó que desde el 23 de Noviembre de 2017 la **Unión Temporal Red Vital** es la competente para garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** en la Región 8 (conformada por los Departamentos de Antioquia y Chocó), en virtud de la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios de Salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica derivada de los Riesgos Laborales realizada por la **Fiduprevisora S.A.** dentro de la Invitación Pública Nro. 2 de 2017. Que los insumos



médicos como leches se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud – POS, así como del Plan de Salud para los Afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. Que dicho insumo también hace parte de las exclusiones reguladas en el plan de salud de los afiliados al **Fomag**. Y que en el sub júdece no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para excepcionar lo dispuesto en el régimen de exclusiones consagrado en la Ley 91 de 1989, toda vez que no se prueba la coexistencia de los mismos en los anexos aportados con el escrito de tutela.

Y si bien es cierto que en el memorial radicado en la Oficina Judicial de Medellín en Febrero de 2020, **Sumimedical SAS**, miembro integrante de la **UT Redvital**, aceptó la afiliación de **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**; también lo es que en oficio radicado en la Oficina Judicial de Medellín el 5 de Marzo de 2020, esta entidad aseveró que la mencionada no se encontraba como afiliada activa al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, para lo cual allegó Certificado de Afiliación expedido por el **Fomag** el 9 de Marzo de 2020 que informa que “...Clarisa del Carmen Mosquera Palacios identificado(a) con CC No 35602407 se encuentra Retirado como Cotizante Pensionado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, con IPS Sumimedical SAS Sede Argentina...”.

La falta de afiliación de la tutelante al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** fue el fundamento de la impugnación presentada por **Sumimedical SAS**, miembro integrante de la **UT Redvital**, en contra de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de marzo de 2020, pues en su sentir **Redvital UT** “...solo presta los servicios médico asistenciales a los afiliados y beneficiarios del **Fomag**...”. Razonamiento del cual se aparta este operador jurídico:

De un lado, porque según Certificados de Afiliación al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag** expedidos por la **Unión Temporal Red Vital U.T.** el 12 de mayo, 21 de mayo y 2 de junio de 2020, **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407, se encuentra **Activo** como **Cotizante Pensionado** en el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag**, con **IPS Sumimedical SAS**. Certificados de afiliación que se obtuvieron por este despacho judicial a través del link [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/certificado\\_35602407.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/certificado_35602407.pdf), y que se adjuntan como parte integrante de esta sentencia.



Y del otro, porque según se explicó en precedencia, los afiliados pensionados del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag** no gozan de la libertad para elegir la EPS de su preferencia, razón por la cual la afiliación al Fondo es obligatoria y la elección del prestador de los servicios de salud le corresponde al administrador del fondo. Y si la tutelante es pensionada a cargo de ese fondo, cosa que se tiene como establecido según las piezas procesales que conforman el expediente, y no se ha desvirtuado, entonces la entidad contratada por la FIDUAGRARIA S.A., como administradora, para atender los servicios de salud de sus afiliados o pensionados es la responsable de las prestaciones asistenciales, es decir, **Unión Temporal Red Vital U.T.**

Conforme a lo expuesto, es claro para este operador jurídico que la **Unión Temporal Red Vital U.T.**, es la obligada y competente para garantizar a **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios** la prestación de los servicios médico asistenciales, por encontrarse activa como **Cotizante Pensionada** en el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. Y siendo ello así, la sentencia de tutela de 9 de Marzo de 2020 será **Confirmada** en cuanto amparó los derechos fundamentales invocados a favor de **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**; pero se **Modificará** para ordenarle a la **Unión Temporal Red Vital U.T.** que, dentro de las **Cuarenta y Ocho (48) Horas** hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, le suministre a la tutelante el suplemento alimenticio denominado “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN Lata por 237 ml, en cantidad de 6 latas al día para pasar por Sonda Gastrostomía, para un total de 180 Latas al mes”, en los términos prescritos por su médico tratante.

Se advierte que la orden se le impone a la **Unión Temporal Red Vital U.T.** en razón a que desde el 23 de Noviembre de 2017 es la competente y obligada para garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** en la Región 8 (conformada por los Departamentos de Antioquia y Chocó), en virtud de la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios de Salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica derivada de los Riesgos Laborales realizada por la **Fiduprevisora S.A.** dentro de la Invitación Pública Nro. 2 de 2017.

Finalmente debe decirse que se adopta esta decisión, aunque afecte al apelante único, sin que ello constituya una vulneración al **Principio** de la **No Reformatio In Pejus**, pues según lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional, este principio no tiene aplicación en



materia de acciones de tutela en las que están involucrados derechos fundamentales. Al respecto, el máximo órgano de cierre constitucional,

“...ha fijado una línea de precedentes invariable, indicando que en materia de tutela no se aplica el principio de non reformatio in pejus. En sentencia T-138 de 1993, la Corte fijó su posición en los siguientes términos:

“Es más, tomando en consideración, de una parte, la filosofía que inspira a la tutela de ser un mecanismo excepcional de protección inmediata de los derechos fundamentales tutelados por la Carta Política, de carácter subsidiario por no ser alternativo de la acción ordinaria, y de otra, que el juez de la tutela debe asegurar ante todo el principio de legalidad suprema, que es la primacía de la Constitución (arts. 1o., 2o., 40, 121 y 241 de la C.P.), considera esta Sala que la figura de la reformatio in pejus no tiene operancia, cuando el juzgador de segunda instancia revisa la decisión del a quo ni cuando la correspondiente Sala de Revisión de la Corte Constitucional efectúa la revisión ordenada por los Arts. 86, inciso 2o., 241, numeral 9 de la C.N. y 33 del D. 2591. Sostener lo contrario conduciría a que so pretexto de no hacerse más gravosa la situación del peticionario de la tutela que obtuvo un pronunciamiento favorable en la primera instancia, se pudiese violar la propia Constitución, al conceder una tutela que, como sucede en el presente caso, es a todas luces improcedente.

“En relación con la Corte Constitucional, mucho menos puede predicarse la prohibición de la reformatio in pejus, no sólo por las razones anotadas, sino además, porque ni la Constitución ni la ley, a la cual defirió la Carta la reglamentación de la figura de la revisión, establecen límites al examen de las decisiones que se someten a su análisis en desarrollo de la función que le atribuyeron los artículos 86 y 241-9 del referido estatuto”.

“La no aplicación del citado principio en materia de tutela se ha reiterado en, al menos, las siguientes decisiones: T-237 de 1993, T-596 de 1993, T-099 de 1994, T-231 de 1994, T-400 de 1996, T-913 de 1999 y T-1005 de 1999. Como quiera que la Corte ha fijado el alcance de la reformatio in pejus en materia de tutela...”<sup>15</sup>

#### 4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Medellín**, administrando Justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Ley,

##### 4.1. RESUELVE

**Primero: CONFIRMAR** la Sentencia de Tutela proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de marzo de 2020, en cuanto al amparo de los derechos fundamentales invocados a favor de **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407, por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia

<sup>15</sup> Sentencia de Tutela 247 de 2003



**Segundo:** **MODIFICAR** la Sentencia de Tutela proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín el 9 de marzo de 2020, en el sentido de **ORDENAR** a la **Unión Temporal Red Vital U.T.** que, dentro de las **Cuarenta y Ocho (48) Horas** hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, le suministre a **Clarisa del Carmen Mosquera Palacios**, identificada con la C.C. Nro. 35.602.407, el suplemento alimenticio denominado “Fórmula Oligomérica Osmolite Plus HN Lata por 237 ml, en cantidad de 6 latas al día para pasar por Sonda Gastrostomía, para un total de 180 Latas al mes”, en los términos prescritos por su médico tratante.

**Tercero:** **ORDENAR** el envío el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**Cuarto:** **ORDENAR NOTIFICAR** en legal forma a las partes la providencia.

**NOTIFÍQUESE Y ÚMPLASE**

  
**ALEJANDRO RESTREPO OCHOA**  
Juez