

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura, Valle del Cauca, diciembre doce (12) de dos mil veintitrés
(2023)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 078

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION: 76-109-40-03-001-2023-00217-01
76-109-41-89-002-2023-00115-00

ACCIONANTE: MARIA SONIA MENESES HURTADO en
representacion de FLAMINIA PERLAZA DE
RIASCOS

ACCIONADA: **COSMITET LTDA**

DERECHO: SALUD, VIDA DIGNA, IGUALDAD

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 084 de noviembre nueve (9) de dos mil veintitrés (2023), proferida en el Juzgado Primero Civil Municipal de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

La señora **MARIA SONIA MENESES HURTADO**, acudió ante la jurisdicción constitucional, en representación de la señora **FLAMINIA PERLAZA DE RIASCOS** a fin de obtener el amparo de su derecho a la salud, que consideró vulnerado por la entidad **COSMITET LTDA**, debido a que no le ha autorizado el suministro de 540 pañales desechables TENA tipo pasnt, talla m, para los siguientes seis meses, que fue ordenado por el médico tratante, sin tener en cuenta que la paciente cuenta con 86 años de edad y padece de múltiples enfermedades debido a su avanzada edad.

Por tal razón solicito se le tutelara los derechos fundamentales invocados y se le ordenara la entrega de los insumos ordenados por el médico tratante, así como el servicio médico de manera integral.

En proveído de octubre veintiséis (26) de dos mil veintitrés (2023), se avocó conocimiento de la presente acción de tutela y se dispuso su conocimiento a la entidad accionada, ordenando la vinculación a FIDUPREVISORA S.A., FOMAG, y a la CLINICA SANTA SOFIA DEL PACÍFICO, negando la entrega de pañales como medida provisional.

En el término concedido, la **CLINICA SANTA SOFIA** señalo que no son los obligados a la entrega de los insumos, por lo que propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte **COSMITET LTDA** señalo que no son una EPS y que por lo tanto, es al FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -, los encargados de administrar los recursos de los usuarios afiliados, por lo que solicita su desvinculación, precisando que a la accionante, de acuerdo con la base de datos, se le ha garantizado la plena cobertura de atención en salud y que los insumos solicitados se encuentran dentro del numeral 1.1 de exclusiones del contrato por ellos firmado.

Por lo tanto, solicita se niegue el amparo solicitado.

En cuanto a **FIDUPREVISORA S.A.** solicita sean desvinculados de la presente acción por cuanto no tienen obligatoriedad de cumplimiento en el servicio de salud a prestar.

En cuanto a las entidades optaron en guardar silencio.

El a quo, emitió en noviembre nueve (9) de dos mil veintitrés (2023) decisión amparando el derecho reclamado, ordenando la entrega de los insumos y garantizar la atención integral que requiera la señora FLAMINIA PERLAZA DE RIASCOS para el restablecimiento de su salud, siempre y cuando medie orden médica prescrita por el médico tratante adscrito a la EPS **COSMITET LTDA**.

Inconforme con la decisión, la **EPS COSMITET LTDA** impugnó de manera oportuna la decisión, indicando que el principio de integralidad se

encuentra decantado por la Corte Constitucional, indicándose que el juez no puede fallar sobre una supuesta negativa, toda vez que no puede ir más allá del derecho que se invoca como violado, solicitando revocar la decisión de primera instancia o en su defecto, se ordene recobrar los costos generados ante la **FIDUPREVISORA**, por tratarse de un régimen especial.

II. CONSIDERACIONES

La Jurisprudencia constitucional, en diferentes pronunciamientos ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

Para el caso puesto a consideración y de acuerdo a la impugnación presentada por la entidad **COSMITET LTDA**, se ha de estudiar la viabilidad de la presente acción frente a la entrega de los insumos y al tratamiento integral otorgado por el Juzgado de primera instancia y si hay lugar al recobro sugerido por la impugnante.

En el caso de los pañales desechables como insumo médico, la Corte Constitucional ha manifestado que:

Aunque los pañales desechables no se consideran propiamente servicios de salud, pues no están orientados a prevenir o remediar una enfermedad, la imperiosa necesidad de su uso en algunas circunstancias ha llevado al juez de tutela a aplicar los mismos criterios para el acceso a servicios de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios de Salud cuando se trata de la solicitud de pañales desechables. Así, con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional han concluido que una EPS desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido dentro de lo que era el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

Beneficios 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 solicitándolo²

Ampliando lo anterior, el máximo tribunal constitucional a través de su jurisprudencia señala que:

La Corte ha llegado a considerar que negarse a suministrar pañales a pacientes que padecen enfermedades limitantes de su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlas a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional³

Además de lo anterior la Corte ha reconocido la relevancia del derecho a la salud cuando se estén tutelando derechos de personas pertenecientes a los grupos de especial protección constitucional en especial el de adultos mayores o personas de la tercera edad, en el sentido que *“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”⁴*

Descendiendo al caso en estudio, la accionante FLAMINIA PERLAZA DE RIASCOS por sus condiciones especiales de salud, solicita por intermedio de la agente oficiosa la entrega de pañales ordenados por el médico tratante y denegados por la EPS por encontrarse excluidos del PBS.

Como se manifestó en párrafos anteriores, en el entendido que los insumos de pañales desechables se encuentran por fuera de la cobertura del contrato suscrito entre COSMITET LTDA y el FONDO DE PASIVO SOCIAL, no menos importante es que estos insumos en particular benefician la vida cotidiana de la accionante, directamente incidiendo en su dignidad.

² Sentencia T-552/17. M.P CRISTINA PARDO SCHLESINGER

³ Sentencia T-023 de 2013 MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁴ Sentencia T-111/03 MP MARCO GERARDO MONROY CABRA

Aunado a lo anterior, si bien el tratamiento requerido es una exclusión directa al PBS, se puede citar la Corte en el entendido que:

(...) esa reglamentación no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, omiten el suministro de medicamentos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud.

*Frente a tales situaciones, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye tales medicamentos, **cuando se cumplan las siguientes condiciones:** primera, que la exclusión amenace realmente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema; segunda, que el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad y que sea previsto por el P.O.S.; tercera, que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento y cuarta, que él haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S ⁵*

Para el presente caso, es evidente que la no entrega de los insumos y medicamentos solicitados afecta el derecho a la vida en condiciones dignas del accionante, en el modo, forma y tipo que requiere el paciente, conforme la prescripción médica, el cual, en efecto, debió ser tutelado.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de recobro ante el Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, este Despacho tiene la necesidad de cambiar su criterio en el entendido que el recobro, al tener un origen legal y reglamentario, no es el Juzgado a través de la sentencia, la entidad de ordenar su recobro, pues ya cuentan con el mecanismo apropiado que los facultan para realizarlo.

Finalmente, respecto al principio de la integralidad, y de conformidad con los postulados de la Corte Constitucional, propende porque los usuarios puedan acceder sin mayores barreras a los servicios de salud,

⁵ Sentencia T-378 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño

garantizándoles una vida en condiciones dignas y evitándoles presentar diversas acciones de tutela para tratar una misma patología⁶: “En desarrollo del principio de integralidad esta Corporación ha determinado que es deber del juez de tutela ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios médicos que sean necesarios para llevar a cabo con el tratamiento recomendado al accionante⁷.

Aunado a ello, ha especificado que “(L)a atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.”⁸ Lo anterior, con el fin de que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del servicio y así mismo, evitarles el trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados^{9,10}

Como se puede observar, **COSMITET LTDA**, es la entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a los docentes activos y sus beneficiarios, así como a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que suscribió un contrato de prestación de servicios con la Fiduprevisora S.A., como entidad administradora de los recursos de dicho fondo, ante la convocatoria a licitación pública que ésta realizara.

⁶ Ob. Cit,

⁷ Entre otras, sentencias T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-319 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-133 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-122 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁸ Sentencia T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la integralidad en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de integralidad en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁹ Sentencia T-830 de 2006.

¹⁰ Sentencia T-202 de 2007

Por lo tanto y de acuerdo al Certificado de existencia y representación legal de dicha entidad (fls. 9 a 26 del PDF 12), se colige que **COSMITET LTDA**, tiene la facultad de realizar toda clase de actos, hechos y negocios jurídicos tendientes a ejecutar directa o indirectamente su objeto principal, tales como asociarse con otras sociedades civiles y comerciales, celebrar contratos de prestación de servicios con otras entidades o sujetos, entre otros, que estime necesarios, de modo que, no resulta extraño que haciendo uso de la libertad de conformar su red de servicios, hubiese suscrito convenios con otras entidades, para brindarle a sus afiliados un servicio integral, tal como parece indicarlo la accionante en los supuestos fácticos planteados en el escrito de tutela, al señalar que el médico tratante valoro a la señora FLAMINIA PERLAZA DE RIASCOS por orden expresa de **COSMITET LTDA**, circunstancia ésta que en modo alguno fue controvertida por la entidad accionada.

Así las cosas, las ordenes medicas prescritas por el profesional médico hace parte de la prestación de los servicios médico asistencial que requiere la accionante para mejorar su estado de salud, correspondiéndole a la entidad accionada COSMITET ordenarlos y suministrarlos sin demora o tramite excesivo alguno, pues resultan esenciales para conservar la vida en condiciones dignas del paciente, quien valga anotar, se encuentra en un delicado estado de salud.

De igual manera, la integralidad debe ser garantizada, pues la Juez de primera instancia no está concediendo futuros e inciertos tratamientos y servicios sin la orden del médico tratante, ya que, tal y como lo señala, es para atender la enfermedad que ella padece siempre que medie una orden médica, y ello es así, debido a que la demora en un procedimiento puede acarrear problemas mayores para la salud de la accionante y que por ende debe ser evitado y prevenido en esta acción constitucional.

En efecto, su decisión se ampara en el hecho de hacer determinable la orden, evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que sea requerido, sin desconocer la buena fe que debe presumirse de las actuaciones futuras de **COSMITET LTDA**.

Aunado a lo anterior, ve ajustable la orden emanada del A quo, pues la limita a lo que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento del estado de salud del agenciado, y por tal razón se hace

necesario confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia objeto de la impugnación, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Buenaventura, con fundamento en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: Notifíquese a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Tercero: ENVIESE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(firma electrónica)

ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN

JUEZ

Firmado Por:

Erick Wilmar Herreño Pinzon

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 003

Buenaventura - Valle Del Cauca

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: **20b6121a2d6ad1d35204c907876abb6c1707737f72eba682e92d227496992d2e**

Documento generado en 12/12/2023 02:51:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>