



REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS**

Santiago de Cali, cinco (5) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

**ACCIÓN DE TUTELA**

**ACCIONANTE:** NOEMI PELAEZ CASTAÑO

**ACCIONADO:** COSMITET LTDA - CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM Y CIA LTDA.

**RADICACIÓN:** 005-2023-00207-00

**SENTENCIA No.** T-208 (1a. Instancia)

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela incoada por Noemi Peláez Castaño en contra de Cosmitet LTDA - Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia Ltda., por considerar que se le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, la vida y la dignidad humana.

**ANTECEDENTES**

Manifiesta, la accionante que tiene 83 años de edad, quien fue valorada por el galeno tratante quien la diagnosticó con “*Enfermedad Cerebro Vascular no especificada y hemorragia intracerebral en hemisferio no especificado*”, a quien le manifestó su padecimiento de incontinencia, señala que en la valoración médica, debido al riesgo de caída, el galeno tratante le recomendó una cama hospitalaria, situación por la cual expone que, el día 8 de agosto de 2023, interpuso un derecho de petición ante Cosmitet LTDA, quien emitió respuesta el 17 de agosto de 2023, negando sus pretensiones debido que los insumos requeridos se encuentran excluidos.

Por lo anterior considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales y solicita se ordene a Cosmitet Ltda., la entrega de dotación mensual de 120 pañales adulto talla M para 3 cambios por día, crema si cuida de natuharma o crema de alpiro para la pañalitis, crema lubridem para la piel, pañitos húmedos y una cama hospitalaria para prevenir una caída grave.

**TRÁMITE PROCESAL**

Mediante auto No. 4487 del 23 de agosto de 2023, fue admitida la acción de tutela promovida contra la entidad accionada y se vinculó a la a la IPS Clínica Rey David, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fomag y a la Fiduciaria la Previsora - Fiduprevisora S.A., Superintendencia Nacional de Salud, a quienes se les corrió traslado a fin de que se pronunciarán sobre los hechos edificadores de la acción y controvirtieran lo pertinente, para lo cual se concedió el término de tres (3) días.

De otro lado se le concedió el término de un (1) día a la accionante para que se sirva a remitir soportes probatorios, como pueden ser, apartes de su historia clínica u ordenes médicas, los cuales se desprenda que padece “*incontinencia*”; o de ser el caso informe si el médico tratante no ha evaluado su condición médica en relación a dicho padecimiento.

**Intervención de la parte accionada y entidades vinculadas.**

La parte accionada **COSMITET LTDA**, en atención al llamado constitucional indica que la empresa es una entidad privada bajo la figura de sociedad limitada que presta servicios de salud a los usuarios afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo la figura de IPS, informa que la entidad tiene contratado con Fiduprevisora S.A, en su calidad de administradora del Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio, cuyo fin es la prestación de la atención en salud para los pacientes del Magisterio del Valle del Cauca y Cauca.

Señala la entidad que ha garantizado a la accionante, plena cobertura a las atenciones en el plan de salud que ha requerido, ordenadas por el galeno tratante, no obstante, en relación a la solicitud de pañales, crema alpiro, crema lubriderm, pañitos húmedos, y cama hospitalaria. manifiesta que conforme se evidencia en la historia clínica del 14 de agosto del 2023, la accionante fue valorada por la Dra. Sofia Caicedo Alarcón, Médico general, quien determinó en su valoración que:



"...EL PACIENTE INGRESA AL PROGRAMA DE ATENCIÓN DOMICILIARIA, CON LOS SERVICIOS YA MENCIONADOS EN EL PÁRRAFO ANTERIOR. EN CUANTO A INSUMOS DE ASEO COMO: **LOS PAÑALES, LA PACIENTE NOEMI NO CONTROLA ESFINTERES, PERO LOS PAÑALES, DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO SON ELEMENTOS DE USO PERSONAL Y NO HACEN PARTE DE NINGÚN TRATAMIENTO MÉDICO, NO TIENEN ESTUDIOS QUE DEMUESTREN QUE VAN A MEJORAR O DESMEJORAR SU ENFERMEDAD DE BASE; RESPECTO A CREMA ALMIPRO (NOMBRE COMERCIAL) DE CREMA PROTECTORA CUTÁNEA A BASE DE ÓXIDO DE ZINC O "ANTIPAÑALITIS"; ESTO SE REFIERE A CREMAS PROTECTORAS CUTÁNEAS PARA IMPEDIR QUE EL CONTACTO DE LA PIEL CON LA ORINA POR USO DEL PAÑAL GENERE INFLAMACIÓN DE LA PIEL. FRENTE A LA SOLICITUD DE TOALLAS HÚMEDAS O PAÑITOS, DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO ESTOS SON ELEMENTOS DE USO PERSONAL Y NO HACEN PARTE DE NINGÚN TRATAMIENTO MÉDICO QUE VAYAN A MEJORAR O DESMEJORAR SU CONDICIÓN DE BASE, LO ACONSEJABLE EN CASO DE DEPOSICIÓN O DIURESIS ES ASEO CON AGUA Y JABÓN; CREMAS HIDRATANTES, ESTOS SON ELEMENTOS DE USO PERSONAL HACEN PARTE DE LA CANASTA FAMILIAR Y NO HAY ESTUDIOS QUE INDIQUEN UN IMPACTO EN LA SALUD DEL PACIENTE O EN SU CALIDAD DE VIDA Y NO HACEN PARTE DE NINGÚN TRATAMIENTO MÉDICO, FRENTE A LA SOLICITUD DE CAMA HOSPITALARIA, ESTE INSUMO SE LE DA ÚNICAMENTE A LOS PACIENTES QUE TIENEN VENTILACION MECANICA CONDICIONES MÉDICAS QUE LA PACIENTE NO PRESENTA EN EL MOMENTO. POR TANTO NO HAY CRITERIOS DE CAMA HOSPITALARIA..."**

Adicionalmente señala que, los insumos mencionados, se encuentran excluidos del plan de atención en salud del accionante, fijado por la FIDUPREVISORA. En el Anexo 01 Plan de Beneficios y Cobertura del MAGISTERIO, el cual cita "1.1 EXCLUSIONES. Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de este régimen de excepción y que se describen a continuación. (...) 12. Los pañales de niños y adultos y las toallas higiénicas", indica además que es el médico tratante quien debe prescribir y diagnosticar los servicios de salud requeridos, y resalta que la accionante a la fecha no cuenta con orden medica vigente o indicación médica, establecida por el galeno tratante para los insumos requeridos.

Por lo anterior considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y solicita se declare la improcedencia de la acción constitucional.

#### **Entidades Vinculadas:**

**IPS CLÍNICA REY DAVID:** Pese a encontrarse debidamente notificado dentro del término concedido para tal fin no emite respuesta a los hechos y argumentos expuestos en la presente acción de tutela.

**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG - FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A:** señala que actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud de un contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990. Informa que una vez consultado el aplicativo interinstitucional Hospital, dispuesto por el Fomag, se logra evidenciar que la accionante se encuentra en estado activo en calidad de sustituta pensional en el régimen de excepción de asistencia en salud

Arguye que, en calidad de vocera y administradora del Fomag, surtió la obligación contractual que le corresponde que es la de contratar con las EPS para los docentes y en esa medida son aquellas uniones temporales en este caso Cosmitet Ltda. Por lo anterior, informa que se solicitará dicha sociedad, que realice las gestiones correspondientes conforme su obligación contractual, considera que o ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y solicita se desvincule del trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:** Señala en su escrito que es un organismo de carácter técnico, que actúa como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de las quejas de los usuarios, procurando que los prestadores de servicios de salud cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de servicios de salud a sus afiliados.

Manifiesta además que, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y sus beneficiarios corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales



del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación y cuyos recursos son administrados y manejados por una entidad fiduciaria estatal - en este caso por Fiduciaria La Previsora S.A., quien como ente asegurador de salud no solo es responsable de garantizar una red protectora de servicios de salud, sino también la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de los servicios de salud, además de responder por la negligencia o la no garantía de esos por parte de los prestadores de servicios de salud

Por último, solicita la entidad, sea desvinculada de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a esta Entidad.

### CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La acción de tutela es un mecanismo constitucional que mediante un procedimiento preferente y sumario está dirigido a proteger en forma efectiva e inmediata los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Este despacho es competente para asumir el trámite constitucional iniciado por la agente oficiosa contra la accionada y resolver el problema jurídico traído a estudio para lo cual se analizará si concurren los requisitos de procedibilidad de la acción y en caso de ello ser así, deberá determinarse si la accionada, ha transgredido o no los derechos fundamentales deprecados.

Así pues, revisados los requisitos básicos de procedibilidad de la presente solicitud de amparo Constitucional se evidencia que quien formuló la solicitud de amparo, se encuentra legitimada para actuar como agente oficiosa de su señor padre, quien es el titular de los derechos fundamentales que considera vulnerados, por lo tanto, se haya verificada la **legitimación por activa**<sup>1</sup>, lo mismo ocurre en relación a la **legitimación por pasiva** en tanto se acciona contra la entidad del SGSSS que se considera como trasgresora; de otro lado se tiene que para la fecha en que fue presentada la acción de tutela, presuntamente permanecía la violación alegada, por consiguiente, la acción constitucional se estima oportuna<sup>2</sup>, con lo cual se satisface el requisito de inmediatez. Igualmente se encuentra acreditado el presupuesto de **subsidiariedad** de la acción en tanto no existe otro mecanismo judicial encaminado a proteger los derechos presuntamente conculcados. En tal virtud se realizará el estudio de fondo del presente caso.

Lo primero que resulta importante recordar es que son las entidades prestadoras de salud, las encargadas de garantizar al acceso al sistema de salud, mediante la prestación del servicio esencial, **“en forma ininterrumpida, oportuna e integral”**<sup>3</sup>, por consiguiente, cuando aseguradora en salud, por razones de orden administrativo *“(…) demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional”*<sup>4</sup>; con lo cual además puede afectar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, si en cuenta se tiene que la vida no es entendida como la mera existencia biológica sino que comprende las condiciones que la hacen digna; el derecho a la vida entonces, no se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud<sup>5</sup>. De otro lado debe precisarse que **“el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que**

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-511/2017 Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO “...Desde sus inicios, particularmente en la sentencia T-416 de 1997, la Corte Constitucional estableció que la legitimación en la causa por activa constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, en la medida en que se analiza la calidad subjetiva de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela. Más adelante, la sentencia T-086 de 2010, reiteró lo siguiente con respecto a la legitimación en la causa por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela: “Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso...”.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2019 “Así las cosas, este Tribunal ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> Sentencia T-234 de 2013, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

<sup>5</sup> Sentencia T-737/13ª Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ROJAS RÍOS



*cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente.*<sup>6</sup> (Negrita y subrayado fuera de texto)

Ya para resolver el problema jurídico planteado se tiene que la accionante acude a este mecanismo de defensa constitucional por considerar transgredido su derecho fundamental a la salud, en virtud a que la EPS accionada se niega a suministrarle pañales desechables, pese a que señala que padece de incontinencia urinaria. Por su parte Cosmitet LTDA expuso que la no se le ha negado la atención en salud a la accionante, empero frente a la solicitud de pañales, señala que dichos insumos están excluidos del plan de beneficios y de otro lado sostiene que a fecha no existe prescripción médica que ordene el suministro de dichos insumos a la accionante, por lo que considera que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

De las pruebas recaudadas se evidencia que la accionante si bien expuso que le manifestó a la galena tratante de medicina domiciliaria que padece de incontinencia; no se aportó soporte probatorio alguno que dé cuenta de dicho padecimiento; no obstante, analizados los soportes documentales allegados en el presente trámite, se evidencia que la accionante, tiene 83 años de edad, se encuentra afiliada a la entidad accionada y que en agosto del presente año, solicitó a la entidad accionada el suministro de pañales desechables crema si cuida de natuharma o crema de almipro para la pañalitis, crema lubridem para la piel, pañitos húmedos y una cama hospitalaria.

De otro lado se evidencia que, si bien la accionante manifestó que desde el 6 de julio de 2023, fue atendida por la galeno tratante a quien le manifestó el padecimiento de incontinencia que sufría y le ordenó el suministro de pañales, lo expuesto carece de sustento probatorio, pues no se vislumbra la existencia de la orden médica, ni de los hechos manifestados por la accionante que den cuenta de la patología que padece o de la necesidad del insumo solicitado.

Al respecto corresponde manifestar que la Corte Constitucional en sentencia **SU508 de 2020**<sup>7</sup> ha señalado que cuando existe prescripción médica, emitida por el galeno tratante mediante la cual se disponga el suministro de pañales desechables, su negativa no resulta constitucionalmente admisible; igualmente precisó que *“En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que [los pañales] podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo”.*”

No obstante, si no existe orden médica, para que proceda una orden judicial a través de este mecanismo constitucional, cuando no existe orden médica, en la citada sentencia de unificación se estableció como subregla que debe evidenciarse, a través de la historia clínica o de las pruebas aportadas en el expediente el hecho notorio que dé cuenta de *“la falta del control de esfínteres derivada de los padecimientos que aquejan al paciente o de la imposibilidad que tiene éste para moverse”* igualmente, en caso que se halle probado el hecho notorio, debe condicionarse a la *“posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante”*.

En el asunto examinado, como ya se anticipó, en el presente asunto, no existe prescripción médica para la entrega de pañales desechables, ni historia clínica que dé cuenta de la falta de control de esfínteres, de la imposibilidad para moverse de la accionante o de una enfermedad que conlleve la necesidad deprecada. No obstante, resulta imperioso señalar que la accionante es un sujeto de especial protección, pues se trata de una adulta mayor; quien en términos de la Corte Constitucional se encuentra en una situación de desventaja por la pérdida de sus capacidades causada por el paso de los años, en tanto los adultos mayores *“sufren del desgaste natural de su organismo y, con ello, del deterioro progresivo e irreversible de su salud, lo cual implica el padecimiento de diversas enfermedades propias de la vejez.”*

Que la accionante, Noemi Peláez Castaño ha manifestado la necesidad del suministro de pañales, frente a lo cual, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, debe garantizarse su derecho al diagnóstico<sup>8</sup>, pues aquel se constituye como un *“componente integral del derecho fundamental a la salud, implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere.”*

<sup>6</sup> Sentencia T-760 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

<sup>7</sup> Magistrados ponentes: ALBERTO ROJAS RÍOS y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

<sup>8</sup> SU508 de 2020 *“El derecho al diagnóstico se configura como un supuesto necesario para garantizar al paciente la consecución de los siguientes objetivos: (i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente.”*



En virtud de lo anterior, debe tener en cuenta la EPS que *“El diagnóstico efectivo se compone de tres etapas, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso. Finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”*

En tal virtud y como quiera que en el presente asunto se encuentra ausente la orden médica o las pruebas que permitan evidenciar el hecho notorio de la necesidad del suministro de pañales desechables solicitado por la adulta mayor y teniendo como fundamento las subreglas establecidas por la Corte Constitucional, en el estudio de un caso similar, se amparará el derecho a la salud de la accionante en su faceta de diagnóstico, en consecuencia se ordenará a Cosmitet Ltda., que por intermedio de su red de instituciones prestadoras de salud, se realice una valoración médica y los exámenes médicos necesarios, según el criterio del galeno tratante, a fin de definir de acuerdo al diagnóstico de la accionante, se determine si aquella requiere el insumo solicitado y defina cuales servicios o tecnologías requiere, para lo cual deberá tener en cuenta lo establecido en la SU508-2020 donde se precisa que los pañales desechables *“No están expresamente excluidos del PBS. Están incluidos en el PBS”*, que *“En aplicación de la C-313 de 2014, no se debe interpretar que podrían estar excluidos al subsumirlos en la categoría genérica de “insumos de aseo” y que bajo el imperio de la Ley Estatutaria en Salud Ley 1751 de 2015, no es exigible el requisito de capacidad económica.*

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales reclamados por la señora **NOEMI PELAEZ CASTAÑO**, conforme las consideraciones planteadas en el presente proveído

**SEGUNDO: ORDENAR** al Representante Legal y/o quien haga sus veces de **COSMITET LTDA** que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de este fallo **AUTORICE, programe y realice valoración médica domiciliaria** a la señora **NOEMI PELAEZ CASTAÑO** a fin de que el galeno tratante, de acuerdo la situación de salud de aquella, defina su diagnóstico en relación al padecimiento que asegura que padece *“incontinencia”*; en tal virtud, deberá determinar con fundamento en su criterio científico, si requiere, o no, el suministro de pañales desechables, pañitos húmedos, crema antipañalitis, crema para el cuidado de la piel y cama hospitalaria.

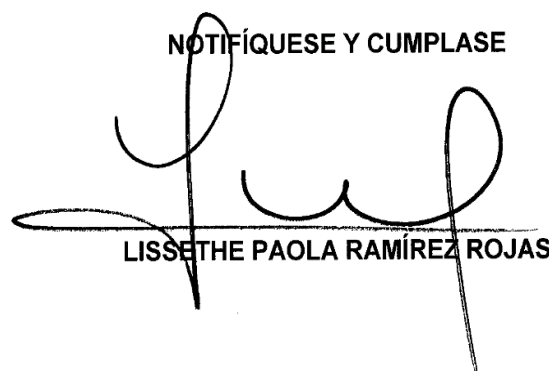
Para lo anterior, deberá tener en cuenta lo establecido en la SU508-2020<sup>9</sup> y los argumentos plasmados en la parte motiva de la presente sentencia. Cumplido lo anterior y en el evento en que el médico tratante prescriba a la accionante los insumos antes mencionados **COSMITET LTDA**, a través de su representante legal, **deberá autorizar y entregar dichos suministros. So pena de incurrir en desacato.**

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** a las partes esta providencia, por el medio más expedito (artículo 36 del Decreto 2591/91).

**CUARTO:** Si la sentencia es impugnada remítase al Superior por medio digital, en el evento en que ello no ocurra, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

  
LISSETHE PAOLA RAMÍREZ ROJAS

<sup>9</sup> [https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU508-20.htm#\\_ftn180](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU508-20.htm#_ftn180)