

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA RAD. 11001400300320220015200

El Despacho procede a resolver la presente acción de tutela interpuesta por **Aura Eduviges Mosquera Girón**, en su propio nombre y en representación de su nieta **B.S.M.M.**¹, contra la **Fiduprevisora S.A. - FOMAG**.

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

1.1.1. Solicitó la parte accionante que se amparen los derechos fundamentales de petición, salud e igualdad, los cuales consideró vulnerados por parte de la entidad accionada **Fiduprevisora S.A. – FOMAG**, y, en consecuencia, pidió que se le ordene “(...) *responda de forma completa, coherente y suficiente la petición interpuesta el 31 de mayo de 2022*”, así como también “(...) *la inscripción de la menor (...) como beneficiaria de la señora Aura Eduviges Mosquera Girón en el FOMAG*”.

1.2. Los hechos

1.2.1. Concretamente, en el escrito de tutela la accionante narró que se encuentra afiliada al **FOMAG**, y que no cuenta con ningún beneficiario inscrito a su nombre.

1.2.2. Dijo que **B.S.M.M.**, es su nieta y que actualmente cuenta con 4 años de edad; que desde su estado de gestación y al día de hoy, se ha hecho cargo de todos los gastos que la manutención de su nieta haya llegado a generar, asumiendo toda la carga económica que demanda y además, siempre la ha tratado como si fuera su hija, prestándole toda la asistencia que una madre le debe a su descendencia.

1.2.3. Señaló que la menor vive en la actualidad con ella, ya que su madre biológica se ha desentendido completamente de ella.

1.2.4. Relató que la menor pertenece al régimen subsidiado en salud; no obstante, que debido a las demoras y deficiencias que dicho servicio presenta, y en procura de la salud de la menor, la accionante ha costeado diferentes servicios médicos particulares, de ahí que a través de la plataforma que la **Fiduprevisora** dispuso para ello, presentara una petición con el fin de que “**1. Se reconozca qué, la señora Aura Eduviges Mosquera Girón conforma una familia de crianza con la menor (...) donde mantienen una relación de madre e hija. 2. Se inscriba a la menor (...) como beneficiaria de la señora Aura Eduviges Mosquera Girón, en virtud de la cobertura familiar establecida en el literal c del artículo 34 del decreto 806 de 1998**”.

¹ En aras de proteger la intimidad de la menor involucrada en este asunto, así como para garantizar su interés superior, este Despacho utilizará en este fallo las iniciales de su nombre.

1.2.5. Sin embargo, adujo la actora que el 25 de abril de 2022, la accionada se refirió frente a dicho pedimento y al respecto señaló que “(...) *los nietos solo tienen derecho a estar afiliados durante los primeros 30 días de nacido siempre y cuando la madre sea la beneficiaria del cotizante. Por lo anterior, no es posible afiliarse a los servicios de salud a beneficiarios en calidad de nietos cuando superan los 30 días de nacido. Al activar los servicios de salud a una persona que no ostenta derecho en el Fondo del Magisterio, se incurriría en malos manejos del tesoro público, pues el legislador es estricto al indicar que el presupuesto otorgado al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio está dirigido a cubrir las prestaciones sociales y los servicios de salud de los docentes y beneficiarios afiliados al fondo que cumplan con los pliegos de condiciones para su afiliación.*”.

1.2.6. Por consiguiente, estima la accionante que la respuesta otorgada por la **Fiduprevisora S.A.**, es contraria a lo que la Corte Constitucional ha desarrollado en relación con el reconocimiento de las familias de crianza y los derechos que a estas les asisten en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, por lo que la negativa de la accionada en la inscripción de **B.S.M.M.**, cercena su derecho a acceder a un servicio de salud eficiente.

1.3. El trámite de la instancia y contestaciones

1.3.1. El 11 de mayo de 2022, se asumió el conocimiento de la acción y se ordenó la notificación de la parte accionada; asimismo, se dispuso allí la vinculación de la **Procuraduría General de la Nación²**, del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**, de la **Secretaría de Educación de Bogotá**, del **Centro de Salud San Juan Bosco**, de la **Notaría Sesenta y Ocho (68) del Círculo de Bogotá** y de **Sandy Mileza Mosquera Mosquera** (progenitora de la menor que aquí se encuentra representada por la accionante).

1.3.2. El **Centro de Salud San Juan Bosco**, informó que allí la menor **B.S.M.M.**, asistió el día 25 de febrero de 2021 para realizar certificados médicos escolares los cuales constaron de (i) certificado médico; (ii) curva de crecimiento y desarrollo; (iii) certificado odontológico; y (iv) tamizaje visual y auditivo. Que de ellos se pagó la suma de **\$30.000,00.**, y no se prestó ningún otro servicio.

1.3.3. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional** señaló que esa cartera ministerial no ha vulnerado ningún derecho fundamental invocado por la parte accionante, por lo que la presente acción de tutela en su contra se torna improcedente, pues de los hechos y pretensiones se establece que van dirigidas a la **Fiduprevisora S.A.** Por tanto, pidió su desvinculación de esta demanda tutelar.

1.3.4. La **Fiduprevisora S.A. - FOMAG**, por su parte, informó que la accionante había ya interpuesto idéntica acción de tutela, la cual fue tramitada por el **Juzgado Doce (12) Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá** bajo el radicado **No. 2022-0035**, que fue declarada improcedente y en consecuencia se dispuso “**NEGAR**

² Criterio de vinculación del Despacho en todas las actuaciones constitucionales a partir de la pandemia generada por cuenta del Covid-19.

la presente acción de tutela presentada por JAIME ALEJANDRO GALVIS GAMBOA en representación de AURA EDUVIGES MOSQUERA GIRÓN por haber operado el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado”. De manera que al existir una acción temeraria la presente acción debía declararse improcedente; no obstante, recalcó que la afiliación pretendida por la actora no procedía en la medida que no contaba con la custodia de la menor, aunado a que ésta se encuentra afiliada al sistema de salud en el régimen subsidiado. Por consiguiente, pidió se deniegue el presente amparo.

1.3.5. La **Procuraduría General de la Nación**, solicitó la concesión de la tutela y se ordene mantener afiliada a la menor siempre que la custodia y cuidado personal sea concedido a la afiliada por autoridad competente. Además, solicitó su desvinculación por no haber transgredido derecho fundamental alguno a la accionante.

1.3.6. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** arguyó que los hechos y pretensiones aducidos resultan completamente ajenos a esa cartera ministerial, dado que la petición fue radicada por la actora ante entidades diferentes, aunado a que dentro de sus funciones no se encuentra ninguna relacionada con la inclusión de beneficiarios de los docentes vinculados al **FOMAG**. Por ello, pidió se la desvincule de esta acción de tutela.

1.3.7. La **Notaría Sesenta y Ocho (68) del Círculo de Bogotá**, mencionó que efectivamente allí se encuentra registrada la menor **B.S.M.M.**, y que asimismo allí se rindió la declaración extraproceso en la que se plasmó que la abuela de la menor es quien se encarga de su cuidado y dependencia económica. Empero, solicitó su desvinculación por cuanto no es la encargada de pronunciarse sobre la afiliación de la menor.

1.3.8. Ahora, como se indicó en el numeral 1.3.4. de este título, debido a la contestación efectuada por la **Fiduprevisora S.A.**, se hizo necesaria la vinculación del **Juzgado Doce (12) Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá**, por lo que, mediante auto del 16 de mayo de 2022, se ordenó su notificación otorgándosele el lapso de un (1) día para que hiciera las manifestaciones pertinentes. En efecto, rindió informe y al respecto señaló que por acta del 11 de marzo de 2022 le correspondió el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la señora **Aura Eduvigis Mosquera Girón**, contra **UT Servisalud San José**, con el fin de lograr la protección de su derecho fundamental de petición.

Refirió que mediante auto del 14 de marzo de 2022 se dispuso avocar el conocimiento y dar traslado de la demanda tutelar a la accionada, y a través de fallo calendarado 28 de marzo de 2022, resolvió negar la acción interpuesta por haberse configurado un hecho superado como consecuencia que la encartada acreditó haber emitido respuesta a la accionante, cumpliendo ella los requisitos y exigencias jurisprudenciales.

2. CONSIDERACIONES

Prevé el artículo 86 de la Constitución Nacional, que *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre,*

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”.

Esta herramienta judicial está caracterizada por ser residual y subsidiaria, que garantiza una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuenta con otra vía judicial de protección, o cuando existiendo ésta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Antes de aterrizar en el estudio de fondo que merece la presente acción de tutela, debe decirse preliminarmente que para este Despacho no existe conducta temeraria de la accionante, porque ciertamente con la acción tuitiva que se promovió ante el **Juzgado Doce (12) Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá**, se aspiró la protección de la prerrogativa fundamental de petición que la promotora consideró transgredida por la allí accionada **UT Servisalud San José**, pero como con ese trámite se obtuvo respuesta de dicha entidad, pues según se constata del fallo allí proferido, “(...) *en virtud del traslado corrido a la entidad accionada, la misma indicó que a través de comunicación de fecha 10 de febrero del 2022, que fuera remitida al correo electrónico aurimileza@gmail.com registrado en el sistema de afiliación de la usuaria, procedió a dar respuesta a las solicitudes realizadas indicándole que posterior a la verificación del sistema de información, se estableció que la señora AURA EDUVIGES MOSQUERA GIRÓN, actualmente se encuentra como afiliada activa, cotizante, sin beneficiarios y que frente a la solicitud de afiliar a su nieta de 4 años, aclaró que SERVISALUD QCL CAMPIN es únicamente su IPS de atención, siendo FIDUPREVISORA S.A., la EPS a quien le corresponde resolver dicha petición (...)*”, se concluyó “(...) *que el pronunciamiento emitido por parte de la entidad accionada, aun cuando evidentemente no accede a lo solicitado si es claro en cuanto al porque de ello y atiende coherentemente las peticiones en cada uno de los puntos que las conforman, toda vez que se explican de manera clara las razones de su negativa.*”.

De manera que se presume que con base en la respuesta que a la petición otorgó la citada **UT Servisalud San José**, posteriormente la accionante presentó solicitud ante la aquí accionada **Fiduprevisora S.A. – FOMAG**, con el fin de obtener la afiliación de su nieta; no obstante, como ésta en su respuesta le negó la afiliación al sistema de salud del **FOMAG** como su beneficiaria, la señora **Aura Eduviges Mosquera Girón**, en su propio nombre y en representación de su nieta **B.S.M.M.**, instauró la presente acción de tutela en su contra al considerar que vulnera sus derechos fundamentales.

Pues bien, se memora que con antelación nuestra H. Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar al que aquí se somete a nuestro análisis. Es el caso contentivo en la acción de tutela T-042 de 2020³, en la que, si bien se resolvió conceder la protección del derecho fundamental a la salud de la menor y en consecuencia le ordenó al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** mantener activa la afiliación de aquélla a su Subsistema de Salud en calidad de beneficiaria de su abuela, no menos lo es que la gran diferencia que

³ M.P., José Fernando Reyes Cuartas. Ver la sentencia en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-042-20.htm>.

abarca en cada caso tiene que ver con la custodia y cuidado personal en cabeza de sus parientes, ya que a diferencia de acá, allá la abuela de la menor sí contaba con la custodia legal de su nieta y además ésta no se hallaba en ese momento con afiliación al Sistema de Salud.

Esas dos situaciones tornan improcedente la presente acción de tutela, porque, como se sabe, en principio la custodia de los menores está encomendada a los progenitores; no obstante, si bien se puede otorgar a una persona distinta, que será la encargada de brindarle todas las condiciones necesarias para que tenga un desarrollo y crecimiento integral, también lo es que la misma debe concederse legalmente a través de un proceso judicial en única instancia en un juzgado de familia⁴, o administrativo de restablecimiento de derechos, o acordada a través de una conciliación judicial o extrajudicial. Eso sí, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en principio le corresponde al defensor de familia⁵; empero, el comisario de familia también puede definirla provisionalmente en los casos de violencia intrafamiliar.

Con respecto a este punto, la Corte Constitucional en sentencia T-325 de 2016⁶ anotó que *“(...) la figura de la custodia se debe entender como una medida de protección en los términos del Código de Infancia y Adolescencia (...). Esta medida busca retirar al niño o niña de la actividad que vulnere sus derechos y tiene la particularidad de que quien ostenta la custodia comparte las obligaciones y deberes derivadas de la patria potestad y la responsabilidad paternal. En otras palabras, aunque se pueda considerar como una medida provisional, el ejercicio de la custodia implica el cuidado y crianza del menor de edad por lo que a quien la ejerce por mandato de una autoridad le corresponde garantizar el grado de bienestar máximo del niño”*.

Bajo esta óptica, cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias, entre ellas, la atención en salud, en cumplimiento del propósito de restablecimiento de los derechos implícitos en ella. Por consiguiente, si bien en principio corresponde a los padres afiliar a sus hijos al sistema de salud en el ejercicio de la patria potestad, cuando el menor ha sido entregado en custodia a una persona diferente a sus progenitores, es deber de ésta afiliarlo al sistema de salud, en cumplimiento del propósito de las medidas de restablecimiento. Sin embargo, para ello, como vimos, debe contar con la custodia legal otorgada por la autoridad competente.

En el caso bajo estudio, no se encuentra acreditado que la señora **Aura Eduviges Mosquera Girón**, cuente con esa custodia concedida por ninguna autoridad **B.S.M.M.**, si bien manifiesta que *“Hoy por hoy, y desde la gestación de su nieta, (...)”*

⁴ Numeral 3°, artículo 21 del Código General del Proceso. Cabe resaltar que la decisión que tome el juez de familia no hace tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, puede modificarse la custodia cuando varíen las circunstancias que dieron lugar a la determinación tomada.

⁵ El artículo 82 del Código de Infancia y de la Adolescencia indica que son funciones del Defensor de Familia, entre otras las de: *“1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. – 2. Adoptar las medidas de restablecimientos establecidos en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o a los adolescentes”*.

⁶ M.P., Gloria Stella Ortiz Delgado.

se ha hecho cargo de todos los gastos que la manutención de su nieta haya llegado a generar”, pues analizada estructuralmente la normativa que ya citamos, en armonía con el reciente fallo de nuestra H. Corte Constitucional, para abrirse paso el reclamo aquí elevado se requiere que la menor se encuentre bajo custodia y cuidado personal ya sea provisional, permanente o definitiva de su abuela en virtud de resolución emanada por una de las autoridades ya referidas.

Y es que ni siquiera como mecanismo transitorio se abre paso el resguardo rogado, porque tampoco con ninguno de los documentos que componen este expediente se demuestra que la menor **B.S.M.M.**, requiera de medidas urgentes para salvaguardar sus derechos fundamentales o particularmente su derecho a la salud, dado que, de un lado, no se encuentra en delicado estado de salud, como tampoco cuenta con diagnóstico alguno que fuerce aquí emitir una orden en aras de proteger sus garantías constitucionales; de otro, actualmente se halla afiliada al sistema de salud en el régimen subsidiado, tan así que la misma accionante lo anunció en el relato de sus hechos, al afirmar que *“De momento la pequeña (...) pertenece al régimen subsidiado de salud. (...)”*, sin que se acreditaran las supuestas *“demoras y deficiencias que dicho servicio presenta”* como para centrarnos en ellas y poder así establecer de qué modo afectan los derechos de la menor. Sin embargo, las atenciones en salud que se le han prestado y que aquí se trajeron como medios de convicción por la accionante han sido mayoritariamente para obtener certificaciones médicas con fines escolares, tal como asimismo lo certificó el vinculado **Centro de Salud San Juan Bosco**.

En este orden de ideas, como no se han agotado todos los mecanismos establecidos legalmente para resolver este conflicto, la protección invocada se negará, pues dilucidado lo anterior y al no hallarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable es lo cierto que una vez la accionante cuente con la custodia legal y cuidado personal de su nieta, emanada por la autoridad correspondiente, si así lo procura, estará facultada para solicitar ante la entidad accionada la afiliación de su familiar como beneficiaria, teniendo en cuenta además que con la contestación que a esta acción brindó la **Fiduprevisora S.A.**, sostuvo que *“(...) el accionante pretende la afiliación de su nieta como beneficiaria, lo cual resulta improcedente como quiera que no cuenta con la custodia de la misma. (...)”*.

Por último, se dispondrá la desvinculación de la **Procuraduría General de la Nación**, del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**, de la **Secretaría de Educación de Bogotá**, del **Centro de Salud San Juan Bosco**, de la **Notaría Sesenta y Ocho (68) del Círculo de Bogotá**, de **Sandy Mileza Mosquera Mosquera** y del **Juzgado Doce (12) Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá**, toda vez que verificada la actuación se advierte que no han vulnerado ninguno de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

3.1. **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora **Aura Eduviges Mosquera Girón**, en su propio nombre y en representación de su nieta **B.S.M.M.**, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

3.2. **DESVINCULAR** a la **Procuraduría General de la Nación**, al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, a la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**, a la **Secretaría de Educación de Bogotá**, al **Centro de Salud San Juan Bosco**, a la **Notaría Sesenta y Ocho (68) del Círculo de Bogotá**, a **Sandy Mileza Mosquera Mosquera** y al **Juzgado Doce (12) Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá**.

3.3. **COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes por el medio más expedito y eficaz, dejándose las constancias del caso.

3.4. **ORDENAR** la remisión del presente asunto a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión en caso de no ser impugnado este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ