



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA – RAD. No.11001310300320210034600

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por DORA BEATRIZ GUEVARA TORRES en representación y/o como agente oficiosa de su hijo **CARLOS ROBERTO GUEVARA GUEARA**, contra **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO (FOMAG y/o FNPSM), UT SERVISALUD SAN JOSÉ**. Trámite al que se vinculó a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN¹** así como al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y a **MEDICOS ASOCIADOS S.A.**

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

La activante solicitó se otorgue el amparo constitucional a los derechos fundamentales a salud en conexidad con la vida y dignidad humana de su agenciado, al considerarlos vulnerados por parte de las entidades contra las cuales impetró la tutela.

En consecuencia, solicitó se acceda a las pretensiones invocadas, entre ellas, ordenar a las accionadas, que procedan así: *“de manera inmediata implemente las gestiones, trámites que garantice la afiliación de mi hijo de nuevo a mi eps y se continúe el trámite para calificar su discapacidad sin demoras y obstáculos para las autorizaciones y exámenes que se requiere mi hijo y demás procedimientos necesarios a fin de garantizar la vida y salud (...)”* y también *“brindar de manera inmediata la atención médica o tratamiento integral requerido para mi hijo, o en su defecto el proceso de recuperación de la salud visual y que comprenda exámenes, intervenciones quirúrgicas, terapias, controles, citas y suministro de medicamentos requeridos, la cual debe ser brindada por un grupo interdisciplinario de médicos idóneos en la materia, sean autorizados en el menor tiempo posible los procedimientos que corresponda conforme lo orden el médico tratante y ordenada por la E.P.S. SERVISALUD, EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVISORA pero que no ha sido posible que sea ejecutada.”*

1.2. Los hechos

Como fundamentos fácticos expuso, en síntesis, los siguientes:

1.2.1 El accionante ha estado afiliado a la EPS SERVISALUD y la FIDUPREVISORA y lo han desafiado en plena pandemia cuando cumple 26 años (31 de mayo de 2021), sin previo aviso y desconociendo la discapacidad visual grave que afirma registra, por enfermedad degenerativa y cuando se hallaba en trámite de solicitar las citas y autorizaciones para asistir al médico laboralista.

1.2.2 Exterioriza haber elevado solicitud ante la FIDUPREVISORA, pidiéndoles que su prestadora de servicio médico activara la atención de Carlos Roberto Guevara Guevara, al desconocer el protocolo a seguir para que lo mantuvieran activo, lo cual reiteró telefónicamente y ante la necesidad que especialistas atiendan su diagnóstico, el que afirma lo limita para trabajar, estudiar y por el cual depende económicamente de quien promueve la acción.

1.2.3 Relata que, por esa dificultad visual el paciente se ha accidentado, registra en su historial médico trauma craneoencefálico severo y a quien se le ha detectado *“MIOPIA, NISTAGMUS PENDULAR, CONJUNTIVITIS ALERGICA, ASTIGMATISMO,*

¹ Criterio de vinculación del Despacho en todas las actuaciones constitucionales a partir de la Pandemia generada por el Covid-19.

NISTAGMUS CONGENITO donde el medico refiere que mi hijo: PACIENTE CON CUADRO CLINICO CONSISTENTE EN DISMINUCION DE LA VISION Y TRASTORNO DE LOS COLORES AZUL Y VERDE REFIERE MULTIPLES TRAUMAS A LO LARGO DE SU VIDA , PACIENTE CON ANMTECEDENTES DE BAJA VISION VALORADO POR OOPTOMETRA PARTICULAR QUE REFIERE 5% POR CIENTO DE VISION SIN FOMRULA DE LENTES, PACIENTE CON ALTERACIÓN VISUAL PROGERSIVA, QUERATOCONO, ASTIGMATISMO, MIOPIA DEGENERATIVA.” (SIC), limitándole en su una vida normal por su discapacidad visual y pese a tener orden médica para oftalmología y para medicina laboral, aquellas no las autorizan por hallarse inactivo y sin continuar el proceso además de dejarlo sin EPS, acciones por las cuales considera vulnerados los derechos fundamentales de los que reclama amparo y sin lo cual podría ocasionarse un perjuicio irremediable.

1.3. El trámite de la instancia

1.3.1. En auto del 1 de septiembre de 2021, se asumió el conocimiento de la acción y se ordenó la notificación de las accionadas; así mismo, se dispuso la vinculación de la Procuraduría General de la Nación como a las entidades o dependencias que allí se indicaron; para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la tutela y ejercieran el derecho de defensa que les asiste, también por considerar que podría asistirles interés en el trámite como para esclarecer lo pertinente y evitar nulidades en este asunto.

1.3.2 Durante el trámite, se allegaron las siguientes respuestas:

1.3.2-1. MEDICOS ASOCIADOS S.A. – I.P.S., se manifiesta por conducto de su Director Jurídico {derivado 07 con 60 pág. del exp. digital}, para argüir que no es el asegurador en salud de la actora docente ni del paciente, por lo cual no está llamada a garantizar o autorizar servicios de salud a los mismos.

Luego de realizar exposición acerca de su naturaleza jurídica, aclara que el asegurador en salud o EPS del paciente es FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG, por ser beneficiario de una docente adscrita al Magisterio Nacional, quienes se hallan en un régimen especial en salud conforme al art. 279 de la Ley 100 de 1993 y explicando luego proceso licitatorio adelantado por FIDUPREVISORA S.A. del año 2017 e indicando que por virtud de aquel se adjudicó el contrato para la prestación de servicios en salud a UNION TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSE, entidad que indica es la responsable contractualmente de prestar los servicios de salud al magisterio y sin que esta Médicos Asociados o sus establecimiento sea parte de la red asistencial de la prenombre U.T.

Seguidamente hace alusión a precedente jurisprudencial (sentencia T-153/06, T-248/2016, T-496/2014) a efectos de clarificar que el asegurador en salud del actor/paciente es la FIDUPREVISORA y a quien corresponde afirma, atender las pretensiones de la tutela o disponer lo necesario a través de la UT contratista, quien a su vez debe disponer lo necesario para ante la red que tenga contratada y reportada (IPS), memorando además aspectos relacionados con el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud para con ello anotar que para el caso, esa continuidad debe darse a través de UT SERVISALUD SAN JOSÉ y dado que MEDICOS ASOCIADOS prestó atención a los usuarios del magisterio hasta el 22 de noviembre de 2017, fecha en que se migró o se traslada automáticamente aquel al nuevo prestador, razones bajo las cuales pide ser excluida de la acción de tutela.

1.3.2-2. De su parte el citado **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, con misiva radicada 2-2021-045068 suscrita por la delegada del señor Ministro de esta cartera para su representación judicial y extrajudicial {derivados 08 y 09 del exp. digital}, expresa luego de hacer miramiento a los hechos y pretensiones de la tutela que, carece de legitimación en la causa por pasiva, al ser ajena a lo planteado en la tutela ni haber vulnerado por acción u omisión los derechos fundamentales de Carlos Roberto Guevara Guevara, ni ser la entidad competente para atender lo solicitado en tanto, no fue quien presuntamente lo desvinculó de la EPS, ni tampoco omitió dar respuesta a las peticiones a las que alude la agente oficiosa, ya que éstas no fueron presentadas ni trasladadas a esta cartera ministerial, por lo que afirma, la presunta vulneración de derechos fundamentales no es, ni puede serle atribuida.

Conforme a sus argumentos de defensa, alude una improcedencia de la acción frente a este ente ministerial y aclara que, si bien Fiduciaria la Previsora S.A. es una entidad vinculada al Ministerio, aquella cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por lo que ejerce sus funciones autónomamente, conforme a lo dispuesto en la normatividad que de forma ilustrativa cita para hacer notar la competencia de uno y otro y debido a que el control que ejerce sobre entidades adscritas o vinculadas, aquel se halla supeditado a los campos que exhibe y por los que indica, no es legalmente factible exigirle el ejercicio de acciones que se encuentra por fuera de sus funciones; razones bajo las cuales pide ser DESVINCULADO.

1.3.2-3. La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, realiza contestación por intermedio de Asesora del Despacho del Superintendente {ver derivado 10 con 46 pág. del exp. digital}, quien frente a los hechos contenidos en la acción de tutela y como medio salvaguardia, arguye FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, solicitando desvincular a esta entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción, al exponer que la violación de derechos que se enuncia, no devienen de una acción u omisión atribuible a esta Superintendencia, no obstante a ello presenta algunas razones y fundamentos en la temática planteada por la parte accionante conforme a las pretensiones elevadas, indicando que las EPS como aseguradoras en salud, las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario.

Luego presenta marco normativo y alcance que registra de la actividad de intervención dentro de su función de inspección, vigilancia y control, expone también, asuntos de relevancia frente al REGIMEN ESPECIAL DEL MAGISTERIO o de excepción en materia de salud y al que se indica se encuentra afiliado el accionante donde enseña, no es aplicable la Ley 100 de 1993 o del Régimen Contributivo o Subsidiado sino uno exceptuado conforme lo prevé el art. 279 ib. y arts. 3 y 5 de la Ley 91 de 1989 acerca del cual precisa 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” y, además, porque indica:

“(es) claro que el prestador de Servicios de Salud (PPS) que celebre convenio o contrato con las autoridades respectivas para prestarles servicios de salud a los educadores al servicio del Estado activos y/o pensionados tiene la obligación de garantizarles la atención en salud de manera oportuna, continua, eficiente, personalizada, humana, suficiente e integral.

Si ello no fuere así, el educador afectado con un mal servicio de salud debe instaurar la queja ante esta entidad a fin de que ejerza control a la prestación de servicios de salud a la población afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior de conformidad con el literal a) del artículo 40 de la ley 1122 de 2007, el Decreto 1018 de 2007 y el numeral 1 del artículo 121 de la ley 1438 de 2001 (...)

De esta manera el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como ente asegurador en salud no solo será responsable de garantizar la red prestadora de servicios de salud, sino la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de los servicios de salud, además de responder por la negligencia o la no garantía de estos por parte de los prestadores de servicios de salud en concordancia con la Circular No. 066 de 2010 que establece (...)

Realiza amplia exposición también de aspectos relativos a la RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD, de la CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD, de la CALIDAD DE BENEFICIARIOS EN EL SISTEMA DE SALUD, LA LIBRE ELECCIÓN DE PRESTADORES DE LOS SERVICIOS DE SALUD, de LA PREVALENCIA DEL CRITERIO DEL MÉDICO TRATANTE, DE LA ATENCIÓN MÉDICA Y LA PROHIBICIÓN DE IMPONER TRABAS ADMINISTRATIVAS, entre otros, todo lo cual por economía procesal ha de tenerse aquí inserto en su tenor literal y que muestra a manera de herramientas que indica, se aportan para un mejor

proveer por parte de esta sede de tutela, peticionado se declare la falta de legitimación alegada y se le desvincule de toda responsabilidad dentro de la presente acción.

1.3.2-4. El **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL**, se pronuncia por intermedio de apoderada general constituido por su Directora Técnica de la Dirección Jurídica {derivado 11 con 30 pág. del exp. digital}, enunciando en relación con los hechos descritos en la tutela, que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, no tener dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, afiliación o desafiliación al SGSSS, ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, y que, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales; así mismo, dice desconocer los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas y sobre lo cual no tiene injerencia alguna, aspectos bajo los cuales se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto de su parte asegura, no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno.

Como argumentos defensivos, resalta, que la acción de tutela de la referencia frente a esta cartera ministerial es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad, mencionando la estructura del SGSSS y haciendo muestra acerca de la Base de Datos Única de Afiliados BDUA, señalando que el responsable por la veracidad de datos de esa fuente de información del sistema de salud, son las EPS y el ente territorial respectivo y no este Ministerio, además por ser el ADRES quien cumple la función de operador de la misma, todo ello para hacer notar que, las entidades que administran las afiliaciones, serán las responsables de gestionar la plena identificación de los afiliados y también de mantener actualizada la información de los mismos como informar novedades o modificación para su correcto registro en la BDUA, sin que le corresponda al Ministerio actualizarla por sí sola sino con base en los datos reportados, por cuanto se encuentran en cabeza de la EPS la obligación de presentar las novedades que se presenten con respecto al estado de afiliación de los usuarios y conforme a los anexos técnicos establecidos en las normas que cita.

Anota, una vez consultada la Base de Datos Única de Afiliados –BDUA, los documentos CC 20.531723 y 1.071.168.606 no se encontró información respecto a su afiliación y aclara que los Regímenes especiales o de excepción se encuentran excluidos del SGSSS y son financiados con recursos propios de las diferentes instituciones a las cuales pertenecen, por lo que no aplica el SGSSS de la ley 100 e indica, la norma que frente a la prestación de servicios de salud y la afiliación a estos Regímenes exceptuados a tener en cuenta, es lo contenido en el artículo 2.1.13.5 del Decreto 780 de 2016 y que las entidades que administran dichos regímenes tienen autonomía propia y han establecido su propio marco legal frente a la afiliación y prestación del servicio de salud a la población que hace parte de dichas entidades, destacando que estos procesos de afiliación deben ser realizados directamente por el cotizante.

Precisó que, no se cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela frente a este Ministerio y bajo su abundante exposición argumentativa, la cual debe tenerse aquí por transcribe en su literalidad, peticiona se declare improcedente la acción y se le exonere de responsabilidad alguna endilgada.

1.3.2-5. La convocada **U.T. SERVISALUD SAN JOSÉ**, contesta la acción por intermedio de apoderada – abogada del Departamento de Gestión Jurídica {derivado 12 con 20 pág. exp. digital}, mostrando preliminarmente su naturaleza jurídica y aclara, no ser la compañía aseguradora en salud de la parte actora, es decir NO es su EPS ni de los usuarios del Magisterio, pues tal calidad afirma, la cumple el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG) administrado por la FIDUPREVISORA S.A. debido a que señala la actora, pertenece a un régimen especial, cuyos servicios de salud los autoriza la FIDUPREVISORA S.A., siendo tal entidad la compañía aseguradora en salud la que define qué servicios se incluyen o cuales no en beneficio de los docentes activos y pensionados y lo respectivo a la seguridad social del magisterio.

Informa que, la FIDUPREVISORA S.A., mediante proceso de licitación pública, ADJUDICÓ el contrato para la prestación de servicios de salud en la Región 10 del país, a esta U.T. integrada por dos (2) IPS, Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital San José y Servimed IPS S.A., de tal forma que todo servicio asistencial en salud a partir del

día 23 de noviembre de 2017, los garantiza la FIDUPREVISORA S.A. a través de tal unión temporal.

Para el caso expuesto en la tutela y lo con ella solicitado, expone no haber vulnerado los derechos fundamentales de CARLOS ROBERTO, pues afirma, nunca se ha sustraído de sus obligaciones, ni ha negado servicio alguno al usuario dentro de lo que contractualmente le corresponde y porque consultada su área de afiliaciones acerca del estado y condición de afiliación que presenta el actor, se expide una certificación en la que se señala: **“Hacemos constar que CARLOS ROBERTO GUEVARA GUEVARA identificado(a) con CC 1071168606 se encuentra en estado RETIRADO por cobertura 26 años desde el 31/05/21 como BENEFICIARIO en el servicio médico que presta UT SERVISALUD SAN JOSE - BOGOTA. Régimen de excepción.**

Se expide la presente certificación a solicitud del interesado(a) a los 2 días del mes de Septiembre de 2021.”

En cuanto a las pretensiones de la tutela, precisa que, es la FIDUPREVISORIA como vocera y administradora del FOMAG, por virtud del contrato que le adjudicó en licitación pública y acorde a las obligaciones en su calidad de contratante, quien reporta a esta U.T. **“las novedades de ingreso y/o retiro”** de los docentes, sus beneficiarios o pensionados, de tal forma, que una vez ingresa un reporte de novedad, la U.T. Servisalud San José cumpliendo a su vez obligaciones contractuales, procede a prestar o suspender servicios asistenciales, según sea el caso, con lo que se puede apreciar que la U.T. Servisalud San José, no es el asegurador en salud del accionante debido a que quien funge como EPS de los usuarios del Magisterio es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio administrado por la Fiduprevisora S.A. y que los datos consignados en la certificación referida en su escrito provienen de la información que le entrega a su sistema la Fiduprevisora S.A. al ser dicha entidad quien a través de la plataforma registra las novedades de afiliación y retiro de acuerdo a lo estipulado en el ANEXO 01 COBERTURA Y PLAN DE BENEFICIOS en su literal 1.2.2 que dice:

“1.2.2. Afiliación al Sistema de Salud del Magisterio

Fiduprevisora S.A. es la única entidad competente para incluir o excluir un afiliado en el Aseguramiento en Salud del régimen exceptuado del Magisterio y, por tanto, con competencia para decidir por que ciudadanos responde el FNPSM, de acuerdo con las normas legales y los Acuerdos del CDFNPSM sobre cobertura de beneficiarios del Régimen.”

Bajo su exposición defensiva, señala demostrador que, no ha vulnerado los derechos fundamentales del agenciado, ni estar legitimada pasivamente para resolver las peticiones elevadas en la tutela, toda vez que resolver sobre su reactivación en el sistema de afiliación para acceder al servicio de salud, es competencia de FOMAG y Fiduprevisora S.A., haciendo apego además a precedente jurisprudencial para casos como estos y del que hace transcripciones de apartes (C. C., sentencias T-130 de 2014 y T-644 de 2010) para invocar improcedencia de la tutela por falta de legitimación pasiva de esta U.T. integrada por dos I.P.S.) y acorde a su naturaleza jurídica entre otros explicaciones que exhibe y en las que se apoya para solicitar se declare improcedente la acción o se le desvincule del trámite tutelar.

1.3.2-6. El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, realiza pronunciamiento a la tutela a través de su representante judicial en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica {derivado 13 con 98 pág. exp. digital}, para excepcionar falta de legitimación en la causa por pasiva y exteriorizar no ser el competente para atender solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones a cargo de las Secretarías de Educación y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG -Fiduprevisora S.A., este último quien señala, tiene a su cargo atender aquellas de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley 91 de 1989 y los que se vinculen a su posterioridad, mostrando adicionalmente que, la citada fiduciaria es la administradora, vocera y representante judicial y extrajudicial del FOMAG, siendo a su vez una empresa de Economía Mixta del Orden Nacional vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y su actividad está vigilada por la Superintendencia

Financiera de Colombia, motivo adicional por el que expone no tener injerencia alguna en los aspectos que motivan la tutela.

Muestra cual es el procedimiento fijado para la Radicación y Digitalización Prestaciones de Trámite normal de todas las prestaciones económicas (pensiones, cesantías y auxilios) que se realiza en el Sistema Único de Radicación Nacional de Prestaciones denominado IPE – FOMAG (Identificador de Prestaciones Económicas) mediante plataforma digital, discrepa sobre el derecho de petición que indica la accionado por no haberse radicado en este ministerio, entre otras argumentaciones bajo las que precisa, no ser el llamado a actuar en el proceso constitucional y conforme a la jurisprudencia de le que igualmente hace apego para alegar improcedencia de la acción de la tutela.

Invoca también, ausencia de violación de derecho fundamental alguno por parte de esta cartera ministerial y afirma, no ha ejecutado ninguna acción que produzca tal resultado en contra de la parte accionante, por lo cual, la vinculación a la acción dice no está llamada a prosperar y con base en todo lo expresado solicita se decrete improcedente el amparo y en forma subsidiaria, en caso de no proceder lo anterior sea desvinculado por falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3.3 La accionada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO (FOMAG y/o FNPSM) y la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ha de decirse, guardaron conducta silente durante el término del traslado otorgado.

2. CONSIDERACIONES

2.1 En virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y, el Decreto 1983 de 2017 y 333 de 2021, reglamentarios de la acción constitucional en estudio, este Despacho es competente para conocer la acción de tutela formulada; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia².

2.2 La acción de tutela es una herramienta que busca la protección inmediata de las garantías de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Este mecanismo constitucional es, de igual forma, excepcional, pues solamente puede ser ejercido con prontitud y ante la inexistencia de algún otro medio de defensa judicial y, debe recordarse que el amparo constitucional se caracteriza por la prevalencia del principio de la subsidiariedad, ya que sólo procede ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la defensa oportuna del derecho objeto de violación o amenaza; por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración, pues su finalidad no consiste en reemplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los derechos de los ciudadanos.

2.3 En cuanto a los diversos derechos fundamentales reclamados en el ruego tuitivo, es preciso resaltar que, esta Juzgadora por economía procesal y debido al trámite preferente, sumario y expedito de esta clase de acciones, no estima necesario hacer una reproducción acerca del precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, debido a que tanto su núcleo esencial como las demás características, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional y es la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia³, por lo cual seguidamente se hará un miramiento sucinto frente al *derecho a la salud* que es el que de forma principal se avizora en la queja constitucional formulada y, cuando acorde a lo resumido en el anterior acápite, ciertamente las convocadas entidades, algunas expertas en la materia como el Ministerios y Superintendencia llamados a pronunciarse, realizaron extensa exposición con fundamento normativo y jurisprudencial sobre la temática que aquí se estudia.

² Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

³ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.

La H. Corte Constitucional ha decantado la procedencia de la tutela para la protección de los derechos fundamentales en estudio, la importancia dada al *derecho a la salud*, que impone su protección incluso cuando la afectación amenaza, no solo la vida sino la integridad y la dignidad de la persona, fijando el siguiente criterio: “Así, el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida no solo debe ampararse cuando se está frente a un peligro de muerte, o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino cuando está comprometida la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad. De allí, que el derecho a la salud, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.⁴

Conforme al artículo 49 de la C.N., el Estado garantiza, organiza, dirige, vigila, controla y reglamenta el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud de todas las personas, según los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. En lo que toca con la **integralidad**, en la prestación del servicio de salud, la doctrina constitucional ha sentado parámetros como que este derecho no solo incluye el otorgamiento del servicio que se requiere sea POS o no, sino que éste sea oportuno, eficiente y de calidad. **Oportuno** cuando se recibe necesítandolo, sin mayores sufrimientos; **eficiente**, cuando no hay dilación en los trámites administrativos y, de **calidad** cuando los servicios médicos prestados son efectivos para el tratamiento de la enfermedad.⁵

Además, uno de los principios rectores en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el **principio de continuidad** del que se ha sostenido que: “Dada la naturaleza dual de la salud, como derecho y servicio público a cargo del Estado, la continuidad en su prestación supone que, una vez iniciado un tratamiento o suministrado un servicio de salud, el mismo no pueda ser interrumpido o suspendido por parte de la entidad responsable de su prestación por razones administrativas, presupuestales o de cualquier índole, salvo que exista una causa legal que lo justifique y siempre que la misma se encuentre ajustada a los principios y derechos constitucionales”.⁶

Es importante memorar, que la protección al derecho a la salud, no obedece exclusivamente a dar respuesta oportuna a las peticiones que realizan los afiliados a sus EPS o entidades responsables de la prestación del servicio de salud, en tanto, obligatorio es que su atención sea completa, y sin dilación alguna en la entrega del servicio, tratamiento o medicamento, más, cuando precede su correspondiente prescripción de médico tratante, termina por vulnerar no solo la salud, sino la vida digna de la paciente: “(...) En este orden de ideas, esta Corporación ha determinado que es inescindible el vínculo existente entre los derechos a la dignidad, a la salud, a obtener un diagnóstico y a la vida, pues existen casos en los cuales, de no obtenerse un diagnóstico a tiempo, el resultado ulterior termina siendo lamentable. Al respecto señaló la Corte que “El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida”⁷.

2.4. Descendiendo al asunto que ocupa el interés del Despacho, se observa que con la queja constitucional, se debe estudiar y a manera de problema jurídico para abordar, si alguno de los accionados como entidades o autoridades aquí vinculadas, está vulnerando los derechos fundamentales invocados por la accionante y frente al servicio de salud que reclama para su hijo y quien según lo devela acorde a su historial clínico, registra limitaciones visuales, ante lo cual sin necesidad de exposiciones extensivas, se tiene legitimada a la promotora de la tutela para ejercer la *agencia oficiosa*⁸ en

⁴ Sentencia T- 561A de 2007.

⁵ Sentencia T: 022 de 2011.

⁶ Sentencia T-886 de 2012, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁷ Sentencia T-364 de 2003, citada por la sentencia T- 675 de 2007.

⁸ Que se infiere, dada las razones que se explican por la tutelante de condiciones de salud, dependencia económica del agenciado y el vínculo familiar que dice le asiste, las primeras que no fueron redargüidas por los convocados y que como se soportan en

salvaguarda de las garantías constitucionales en calidad de progenitora para protección de la persona para quien las invoca.

Otro aspecto para tener en cuenta, es que sin duda las pretensiones de la acción de amparo se encaminan a lograr la REACTIVACIÓN en los servicios de salud o médicos para el agenciado, ante el retiro que de aquel se produjo como beneficiario y al alcanzar la edad de 26 años, tal y como lo relata en los hechos de la demanda la tutelante, en un régimen especial de salud previsto para el magisterio, por lo cual, deberá analizarse si es la vía de la tutela el medio idóneo o no para establecer factibilidad de acoger ese pedimento como establecer si existe o no conculcación al derecho de petición que se elevó en similar sentido.

Puestas así las cosas y con el material probatorio recaudado en esta instancia, en particular el historial clínico que se allegó con la demanda, se tiene que Carlos Roberto Guevara, sufre limitaciones por su condición de salud ante una enfermedad que se asegura por su agente oficiosa es grave y degenerativa, no obstante con las documentales allegadas no es viable aseverar la proclamada discapacidad visual y mucho menos su grado o porcentaje, al punto que es la misma accionante quien señala que se encontraba precisamente adelantando ese proceso a efecto que se revisara tal circunstancia.

De otra parte, con las mismas probanzas que arrima la activante y sus relatos, da cuenta que en gran parte el paciente fue atendido mediante consultas externas o galenos particulares e incluso hace entrever desconocimiento de tramites para que su beneficiario y aquí agenciado no fuera desafiliado de los servicios de salud y que sin duda es situación preocupante por quedar acéfalo de atención, evento que indica sucedió en el mes de mayo del año que avanza, por ello y a efectos de continuar con el examen del asunto dejado a consideración, esta sede de tutela advierte que se cumple con el requisito de *inmediatez*⁹ en la instauración de la tutela.

El anterior contexto se realiza, por estimar importante indicar que, la jurisprudencia Constitucional acorde con lo previsto en los artículos 1º, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, ha sostenido que los requisitos formales para la procedencia de la acción de tutela, son: (i) *legitimación en la causa por activa*; (ii) *legitimación en la causa por pasiva*; (iii) *inmediatez*; y, (iv) *subsidiariedad*¹⁰.

Ahora bien, aun cuando FIDUPREVISORA S.A. mantuvo conducta silente frente a los reclamos que se hacen por esta especial vía, no se apoya la queja constitucional en soporte alguno que exigiera a las encartadas informarle previamente a que fuera retirado, desactivado o desactivado el joven Guevara del sistema que registran Servisalud y la Fiduprevisora e independientemente de los diversos asuntos que se han suscitado con ocasión de pandemia que generó el covid-19, lo que se produjo cuando cumplió 26 años y en particular el 31 de mayo de 2021.

La información brindada por la accionante, es corroborada por la **U.T. SERVISALUD SAN JOSÉ**, quien no obstante, aclaró que tales novedades (afiliación, retiro u otras) y de acuerdo a lo estipulado en el ANEXO 01 COBERTURA Y PLAN DE BENEFICIOS en su literal 1.2.2 que regula su relación contractual con FIDUPREVISORA S.A. por virtud de la licitación pública que se exteriorizó, únicamente están bajo el resorte de la fiduciaria prenombrada, al ser la "(...) competente para incluir o excluir un afiliado en el Aseguramiento en Salud del régimen exceptuado del Magisterio (...)" y además certificó que, CARLOS ROBERTO GUEVARA GUEVARA se encuentra en estado RETIRADO por cobertura 26 años desde el 31/05/21 como BENEFICIARIO en el servicio médico que presta en el régimen de excepción.

antecedentes clínicos, se tiene así que el afectado no está en condiciones de promover su propia defensa. Para ampliar la figura en comento, puede consultarse entre otras, las sentencias T. 647 de 2008 y T-178 de 2017.

⁹ Y que se realiza conforme a lo enseñado por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-066 de 2019, acerca de los supuestos al revelar que: "ii) La tutela se interponga en un plazo razonable, de acuerdo con el principio de inmediatez. Si bien es cierto que esta acción no está sometida a un término de caducidad, sí debe ser interpuesta en un plazo prudente y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración, en el caso de las providencias judiciales, desde que quedó en firme. En razón de ello, esta corporación judicial ha considerado que "un plazo de seis (6) meses podría resultar suficiente para declarar la tutela improcedente y en otros eventos, un término de dos (2) años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela".

¹⁰ Sentencias T-054 de 2018 (M. P.: Alberto Rojas Ríos), T-244 de 2017 (M. P.: José Antonio Cepeda Amarís), T-553 de 2017 (M. P.: Diana Fajardo Rivera), T-291 de 2016 (M. P.: Alberto Rojas Ríos) entre otras que pueden ser consultadas.

No hay discusión entonces, acerca del REGIMEN ESPECIAL al que pertenecía el agenciado para la dispensación de servicios médicos asistenciales, sobre el cual no se ahondará en exposiciones al traerse por la mayoría de los aquí citados, en su gran parte expertos en la temática, quienes ilustran antecedentes del mismo y exposición acerca de la normatividad que lo regula.

Adicionalmente, cuando al unísono quienes se pronunciaron y es asunto sabido, FIDUPREVISORA S.A. funge como la administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (cuenta especial de la Nación - adscrita al Ministerio de Educación) y que si bien es cierto, no está catalogada como una EPS y tampoco ser prestadora directa de servicios de salud, no menos lo es que, le asisten obligaciones y dadas sus facultades en virtud al encargo fiduciario encomendado, quien tiene a su cargo el aseguramiento en salud y para lo cual bajo licitación pública, suscribe la contratación de la prestación de los servicios médicos asistenciales en las diferentes regiones del país conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados y, que en la región a la que pertenecen (sede a la que concierne la agente oficiosa como cotizante y su hijo agenciado como beneficiario), suscribió contrato con la UNION TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ, donde consignaron las obligaciones para efectos de la prestación de esos servicios de los educadores sometidos al régimen de la Ley 91 de 1989.

Puntualizado lo anterior y para desatar la situación, de la demanda se extracta que el accionante quien tiene diagnóstico oftalmológico, el cual no se discutió y por el que seguramente presenta padecimientos y dificultades en su cotidianidad, no fue desafiliado por razones caprichosas sino por cumplir la edad establecida en la ley y siendo aquella la principal razón por la cual no cuenta con el servicio de salud que se le venía brindado en calidad de beneficiario, miramiento bajo el cual se torna improcedente la acción de tutela para modificar tal situación de derecho y menos aún, cuando aquel no fue calificado previamente a dicho retiro acerca de su condición o dentro de ese interregno y la interposición de la tutela, para tener miramiento especial alguno que permitieran por esta vía de manera excepcional y como mecanismo transitorio, claro está, acceder a las pretensiones de la tutela para que se afilie nuevamente o se le reactive la atención por la continuidad de la cobertura que hoy se reclama por este mecanismo tutelar.

Igualmente, porque aun cuando es la U.T SERVISALUD SAN JOSE a través de las I.P.S. que la conforman, quien atiende los servicios médicos por virtud de la licitación y el contrato que aquella suscribió con la FIDUPREVISORA S.A. para prestar los de salud a los docentes y sus beneficiarios, sin lugar a dudas, es en cabeza de la mentada fiduciaria donde se encuentra la competencia para establecer a quien se afilia y a quien retira de ese régimen exceptuado o especial, así entonces, si aquella determinó que legalmente no podía mantener como beneficiario al agenciado Guevara Guevara, no es este el medio llamado a pretermitir aspectos que debió prever la agente oficiosa en oportunidad debida y no cuando como viene de verse, se presenta una situación ya consolidada, con lo cual se tiene ausencia en el cumplimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela y porque de acceder a lo pretendido se podría incluso causar inseguridad jurídica frente a situaciones establecidas legalmente.

Y es que, como lo hizo notar la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en este trámite suprallegal, existen preceptos legales que fijan quienes son beneficiarios de los regímenes en salud y acorde a la composición del núcleo familiar del cotizante¹¹, asunto que mal podría modificarse por vía de tutela aun cuando se comprenda la angustia de la accionante debido a la importancia de la accesibilidad a servicios de salud que no se desconoce tiene toda persona, pero para eventos como el expuesto, la accionante en calidad de cotizante habrá de gestionar otras alternativas para que se atienda el

¹¹ Con referenciación del Decreto 780 de 2016, en los artículos 2.1.3.6 y 2.1.3.7 se establece que son: 1. El cónyuge. 2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo. 3. Los hijos menores de veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del cotizante. 4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante. 5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 3 y 4 del citado artículo. 6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 3 y 4 del ese artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición. 7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de estos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de este. 8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de este. 9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente (...).

diagnóstico a su agenciado así como adelantar todos los trámites que conlleven a que un agente o junta médica correspondiente la califique el grado de pérdida de capacidad por virtud de su enfermedad visual si su condición actual así lo exige y a efectos que puede solicitar su reafiliación por tal circunstancia y dependencia económica, toda vez que ante el régimen de beneficiarios de servicios de salud al que pertenecía, se debe cumplir con ciertos requisitos para mantenerse en el mismo y sin que en esta sede de tutela exista probanza fehaciente y suficiente para establecer que es deber de las accionadas activar el servicio o afiliar nuevamente a su agenciado.

Colofón de lo anterior, ni siquiera se puede afirmar un quebrantamiento al derecho fundamental de petición de la accionante a efectos de que se atendiera su pedimento que en similar sentido a lo solicitado con la tutela le elevó la FIDUPREVISORA S.A., el 25 de junio de 2021, debido a que es la misma activante quien con los soportes que allegó con su demanda, da cuenta que se le emite respuesta por parte de dicha entidad, quien la emitió con calenda 22 de julio del año avante [ver pág. o fls. 52 a 54 del derivado 01 del exp. de tutela] donde a la letra le indica: *“En atención a su solicitud en que requiere la activación de los servicios médicos de su hijo en estado de discapacidad en calidad de su beneficiario en el régimen del Fondo del Magisterio es preciso informarle que no es procedente toda vez que debe presentar la valoración hecha por el medico o la junta medica donde se dictamine el grado de discapacidad del usuario. (...).”*

Por último, y aun cuando en efecto pueda haber un criterio para flexibilizar la situación dejada a consideración de esta juzgadora, debido a la exposición que hace la quejosa constitucional acerca de presunto perjuicio irremediable que exterioriza podría generarse de no acceder a su reclamo, con los soportes que arrima, entre ellos epicrisis de su agenciado, no se advierte inminencia de aquel¹² si se observa que aun cuando ciertamente registra una serie de antecedentes médicos desde el año 2005, no obstante no existe alerta alguna ni media orden médica que indique gravedad por el diagnóstico o necesidad de atenciones de carácter urgente o impostergables, mientras opta su familia por otras alternativas de atención en salud o mientras se le define su disminución de capacidad por razones de su enfermedad y cuando al parecer, raya un tanto en descuido de parte del su núcleo familiar acerca del seguimiento que exigía su condición y en particular para la valoración a efectos que se definiera su discapacidad, dado que según historia clínica que se allegó como prueba con fecha de impresión 08/06/2021 – 15:01:57 de QCL, frente a ese ítem se registra *“Sin Discapacidades”*.

Lo anterior, sumado a que, con los anexos de la demanda de tutela igualmente se observa, una atención en salud por una de las IPS que conforman la U.T. accionada, que da cuenta de atención incluso luego de la desafiliación que se dice se produjo para Carlos Roberto Guevara, con data del: 02/06/2021 14:58 - Sede : SERVISALUD QCL KENNEDY, siendo atendido por MEDICINA GENERAL y con Motivo de Consulta: CONTROL TIENE UNA DISCAPACIDAD VISUAL QUIERO QUE LO VEA MEDICINA LABORAL TELEORIENTACION POR CONTINGENCIA COVID 19, donde se signa que el último control fue hace 3 años y se deja por el galeno como Enfermedad Actual: *“PACINETE DE 26 AÑOS CONSULTA POR MEDICINA GENERAL POR TELEORIENTACION POR CUADRO CLINICO CONSISTENTE EN DISMINUCION DE AGUDEZA VISUAL PROGRESIVA, PACINETE CONOCIDO POR OFTALMOLOGIA, ULTIMO CONTROL HACE 3 AÑOS EN EL MOMENTO SINTOMATICO, REFEIRE REUERRIR CERTIFICADO DE DISCAPACIDAD VISUAL Y REMISION A EMDICINA LABORAL POR LOQ EU CONUSLTA EN EL MOMENTO ASINTOMATICO”* (SIC) y DIAGNOSTICO *“* Dx Ppal: H521 MIOPIA * Dx rel-1: H543 DISMINUCION INDETERMINADA DE LA AGUDEZA VISUAL EN AMBOS OJOS”* [ver pág. 48 y ss., del derivado 01 del exp. de tutela]

En este orden de ideas, tenemos que existen unos requisitos mínimos que debe cumplir la parte accionante para que sean atendidas sus pretensiones, por cuanto, sabido se tiene que cualquier fallo judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso¹³ y que corresponde a las partes probar los supuestos de hecho

¹² Cuando es importante tener presente que, conforme a la sentencia T-494 de 2010 se enseña acerca del mismo lo siguiente: *“Frente a la procedencia excepcional de la acción cuando se está frente a un perjuicio irremediable, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que “únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”*

¹³ Art.164 del C. G. del P.

de las normas que tienen el efecto jurídico al que aspiran para conseguir una decisión favorable a sus intereses y así, ante el carácter preferente y sumario de la acción aquí analizada, no puede pasarse por desapercibido que una alegación de tal envergadura no puede ser ajena a ello.

Entonces, conforme a las razones que se han dejado esbozadas en precedencia y sin necesidad de mayores disquisiciones, es dable concluir que existen suficientes elementos para establecer que, en este caso particular, la acción de tutela no procede y ante ello no se accederá a otorgar el amparo constitucional invocado, estimando que son suficientes para adoptar la determinación de fondo.

3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. NEGAR el amparo constitucional invocado en favor de **CARLOS ROBERTO GUEVARA GUEVARA** por su progenitora y agente oficiosa, conforme a los considerandos exteriorizados en la parte motiva de la presente providencia.

3.2. NOTIFICAR este fallo a las partes, vinculados e intervinientes, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.3. INDICAR, si esta decisión no es impugnada, que en oportunidad se remita el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts.31, 32 y 33 ejusdem). Secretaría proceda de conformidad por medios establecidos para ello actualmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm+