



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2021-00016-00

ACCIONANTE: JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA

ACCIONADA: FIDUPREVISORA- ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE

DERECHO: SALUD

Barranquilla, diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por el señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA, en nombre propio, en contra de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA- ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El día 1 de diciembre del año 2020, el Juez Tercero de Paz de la República de Colombia, mediante diligencia de conciliación con la señora DANIELA ISABEL IGLESIA ZABALA, le otorgó la custodia compartida del niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS con NIUP 1.042.274.857, por ser su abuelo materno. Con fundamento en ese documento ha tratado de diferentes maneras de lograr una atención médica para su nieto hoy bajo su custodia y sólo ha recibido negativas en la afiliación por parte de Fiduprevisora y la Clínica General del Norte.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen sus derechos y como consecuencia de ello se afilie al menor en salud en calidad de su beneficiario.

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Copia del acta de conciliación celebrada ante el Juez de Paz.
2. Solicitud realizada a las accionada para lograr la afiliación de su nieto en salud y las respuestas de estas.
3. Copia de registros civiles de nacimiento del accionante, su hija y su nieto.
4. Copia de declaración jurada ante notario donde manifiesta que tiene a cargo el cuidado del niño.
5. Copia de cedula de ciudadanía del accionante
6. Copia de epicrisis de la señora DANIELA ISABEL IGLESIA ZABALA.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 25 de febrero de 2021, ordenándose notificar a las accionadas; y la vinculación del JUEZ TERCERO DE PAZ DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA-JUEZ DE PAZ Y RECONSIDERACIÓN DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, PROCURADOR JUDICIAL ANTE LOS ASUNTOS DE FAMILIA, señora DANIELA ISABEL IGLESIA ZABALA C.C.: 1.129.583.824 y JUAN CARLOS BOLAÑO PEÑA C.C.: 72.258.017, para que rindieran un

informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro del presente trámite podía afectarlos.

La IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., indicó que: “...jamás y nunca ha vulnerado y/o transgredido los derechos fundamentales de la parte accionante y su representado, el menor ADRIEL IGLESIAS ZABALA y, por el contrario, hemos suministrado los servicios médicos en salud con plena diligencia, pertinencia y oportunidad, a través de nuestro recurso humano, técnico y científico. Atendiendo los hechos que motivaron la presentación del trámite de Tutela, es deber de mi representada indicar que, una vez verificada la base de datos que mensualmente envía la entidad FIDUPREVISORA S.A Y FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para la atención de los usuarios del Magisterio, como entidades contratantes, el menor ADRIEL IGLESIAS ZABALA nieto del cotizante, no reporta datos de afiliación en el régimen excepcional del Magisterio, tal y como nos envía FIDUPREVISORA S.A y FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para la atención en salud de sus afiliados. Validando el número de identificación de la menor NUIP 1042274857, en el módulo afiliaciones Hospital Aseguramiento Fiduprevisora, NO se reportan datos. Señor Juez, como es de conocimiento de toda la Población Docente, la Afiliación de Nietos NO está contemplada dentro de los pliegos de condiciones contratados por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A... la IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A, es una institución prestadora del servicio de salud, una IPS que suministra servicios médicos a los ciudadanos que lo solicitan, pero no tenemos algún vínculo de afiliación con ellos, es decir nuestra institución NO es una ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, por lo tanto, no realiza funciones de afiliación, desafiliación, emite autorizaciones para entrega de elementos y/o suministros, expide órdenes de servicios, recauda aportes de trabajadores y empleadores ni algún otro trámite administrativo puesto que nuestra función principal como IPS, es prestar los servicios médicos en Salud, por lo que antes de realizar un ordenamiento a mi representada, debo aclarar que es FIDUPREVISORA S.A quien ACTIVA Y DESACTIVA a sus afiliados y beneficiarios de la base de datos y nosotros simplemente prestamos servicios médicos en salud conforme a la base de datos enviada mensualmente...”

ZORAIDA ESTHER VALENCIA LLANOS, Procuradora 5 Judicial II de Familia de Barranquilla, sostuvo que: “...la PROCURADURÍA 5 JUDICIAL II DE FAMILIA DE BARRANQUILLA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 262 de 2000, Manual Específicos de Funciones y Requisitos por Competencias Laborales, artículo 95 de la Ley 1098 de 2006 y demás normas concordantes; NO cumple funciones de intervención judicial, administrativa, preventiva o disciplinaria respecto a los Jueces de Paz. Así mismo, esta Agencia del Ministerio Público NO tiene asignadas funciones de intervención judicial y vigilancia judicial ante el Juzgado 3 Civil del Circuito de Barranquilla, la cual corresponde al Agente del Ministerio Público que cumpla funciones de intervención en su despacho; en este caso al Procurador 13 Judicial II para Asuntos Civiles de Barranquilla... El señor JAVIER JESUS IGLESIAS ACOSTA, presenta acción de tutela, contra LA PREVISORA DE SALUD DEL MAGISTERIO – CLINICA GENERAL DEL NORTE por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la Salud del niño ADRIEL EFREN BOLAÑO IGLESIAS, con ocasión a la negativa de la prestación de los servicios de salud del niño AEBI como beneficiario del accionante, siendo que desde diciembre 01 de 2020 ostenta la custodia compartida conforme a conciliación adelantada ante el Juez Tercero de Paz de Barranquilla. Allega el actor acta de fecha 01/12/2020 celebrada ante el Juez Tercero de Paz y Reconsideración, en la que se señala en la parte introductoria que comparecieron los señores DANIELA ISABEL IGLESIA ZABALA y JAVIER JESUS IGLESIA ACOSTA a celebrar audiencia de “custodia y cuidados personales” respecto al niño ADRIEL EFREN BOLAÑO IGLESIA... tratándose de conflicto entre personas que versaban en asuntos conciliables sin cuantía, considera esta Agencia del Ministerio Público que el Juez de Paz tenía competencia para adelantar la conciliación celebrada el día 01/12/2020. De otro lado, revisada las normas que gobiernan lo correspondiente a la afiliación de nietos al Sistema de Seguridad Social en Salud, tenemos que el Decreto 2353 del 2015 “Por el cual se unifican y

actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”, amplió la composición del núcleo familiar del cotizante afiliado a una Entidad Promotora de Salud EPS, por tanto, ahora podrán permanecer como beneficiarios conforme lo dispone el artículo 21... Para la inscripción de los beneficiarios antes señalados, corresponde a la parte interesada diligenciar los formularios de afiliación y registros de novedades al SGSSS acompañados de los documentos que acrediten la calidad, a efectos que se incluya por parte de las EPS, sin que se presenten barreras administrativas para acceder al Plan de Beneficios en Salud, con ello ampliar la cobertura en salud y facilitar el acceso, en especial a los NNA. Ahora bien, nótese que el accionante es afiliado al Plan de Beneficios en Salud del Magisterio. Pues bien, en sentencia T-042/20 Magistrado Sustanciador JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, en caso similar respecto de los Régimen exceptuados de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; se resalta que dicho régimen fue creado igualmente con el objetivo el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. En cuanto a que ese régimen no se encuentra la afiliación de nietos, la referida sentencia trae a colación, la postura de la Corte Constitucional, en cuanto que la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general. Quiere lo anterior significar, que esa regulación, la de los regímenes especiales, debe estar acorde con los parámetros legales y constitucionales vigentes, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política” Así las cosas, si bien los afiliados al FOMAG se encuentran en un régimen especial, el no incluirse a estos la afiliación de los niños, niñas y adolescentes - NNA como beneficiarios de sus abuelos con ocasión a que estos ejerzan la custodia, representa una desmejora frente a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; el desconocimiento del interés prevalente de los NNA; así como de los principios de solidaridad, universalidad, al no tener en cuenta la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los NNA otorgados en custodia legal; y el de accesibilidad al ser obstaculizada su afiliación y a la prevalencia del interés superior de los NNA, quienes tienen derecho de ser incluidos como beneficiarios de los cotizantes encargados de su cuidado. Conforme a lo anterior, le solicito respetuosamente a la Señora Juez Constitucional, hacer una interpretación amplia de las disposiciones que regulan las coberturas en materia de salud de los NNA, conforme con el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, los principios orientadores de la Ley 1098 de 2006, entre otras disposiciones que garantizan sus derechos fundamentales y al reconocimiento como sujeto de derechos; así mismo como los antecedente jurisprudenciales antes citados, a efectos que no se presente la inobservancia por parte de las autoridades de hacer efectiva la prestación de los servicios de salud de los NNA, desconociendo las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia y se presenten barreras administrativas que deriven en la vulneración del derecho fundamental a la salud de los NNA entregados en custodia.”

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, afirmó que: “...es la entidad del estado colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, con sus programas, de estrategias y servicios de atención. Es así como manifestamos al Despacho que, en el caso bajo análisis, el ICBF **coadyuva** la pretensión de la accionante teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud. Por lo que la Constitución política de Colombia lo consagra como Derecho Fundamental, de igual manera la Corte Constitucional en Sentencia **T - 036 de 2013**, se

pronuncia respecto al tema considerando lo siguiente “La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses.”

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA- ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS con NIUP 1.042.274.857, al negarse a afiliarlo en el grupo familiar del señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA, quien es su abuelo materno y la persona que tiene su custodia documentada en la conciliación celebrada ante un Juez de Paz?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 13, 44, 48, 49, 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, Ley 1751 de 2015, Ley 1098 de 2006, Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 100 de 1993, Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, Código Civil y 23 del Código de Infancia y Adolescencia; sentencias T042-2020, SU - 819 de 1999, C-313 de 2014, T-635 de 2007, T-515A de 2006, T-1028 de 2006, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES DE EDAD (TUTELA T- 042-2020)

El artículo 49 Superior, dispone que la atención en salud es un servicio público, y que el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

En virtud del desarrollo jurisprudencial¹ y posteriormente con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable. Ahora bien, cuando de niños se trata, esta característica del derecho en mención no ha suscitado discusión alguna, pues se encuentra expresamente contenida en el artículo 44 de la Constitución, y establece la prevalencia frente a los derechos de los demás. En este sentido, en sentencia SU - 819 de 1999 la Corte señaló:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”²

En efecto, la Ley 1751 de 2015 estableció como principio de este derecho fundamental, la prevalencia de esta prerrogativa en los menores de edad, y dispuso su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo a los diferentes ciclos vitales. Con ocasión del estudio de constitucionalidad de tal disposición la Corte en sentencia C-313 de 2014 indicó:

“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad.

Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos(...)”

En igual sentido, el Legislativo por medio de la Ley Estatutaria también afirmó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.

Precisamente, en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 se había dispuesto previamente que, *“La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”*, y en el artículo 29 de esa misma normatividad se especificó que la atención en salud es un derecho

¹ En un primer momento la Corte sostuvo que la salud solo adquiriría la categoría de fundamental cuando se afectaba un derecho como la vida, la dignidad humana y la integridad personal; posteriormente, este Tribunal lo reconoció como fundamental respecto de sujetos de especial protección y, por último, frente a toda la población, cuando la prestación reclamada correspondía a los contenidos del plan básico de salud.

² En esta misma línea se pronunció la Corte en las sentencias T-556 de 1998, T-117 de 1999, T-351 de 2001, T-200 de 2007, T-760 de 2008, T-133 de 2013, T-762 de 2014, T-362 de 2016, T- 196 de 2018 y T-377 de 2019, entre otras.

impostergable de la primera infancia, de la que hacen parte los niños y niñas de cero a seis años de edad.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud.

Así las cosas, debe concluirse que, el derecho a la salud de los niños es fundamental y autónomo, con carácter prevalente, cuya atención no puede restringirse bajo parámetros administrativos, económicos o limitantes internas de regulación de los prestadores y administradores de servicios.

LA ACCESIBILIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

La accesibilidad, es un presupuesto para el goce del derecho a la salud a toda la población y hace referencia a que las tecnologías deben estar al alcance de todos. En efecto, de acuerdo a lo establecido en la Ley Estatutaria en Salud, y en consonancia con la Observación No. 14, la accesibilidad enmarca las siguientes cuatro dimensiones: (i) no discriminación, que consiste en que los servicios deben ser accesibles, de hecho y de derecho a la población más vulnerable; (ii) accesibilidad física, la cual se refiere a que los servicios de salud deben estar disponibles, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población; (iii) accesibilidad económica, que implica que los pagos por servicios de atención en salud se basen en el principio de la equidad a fin de asegurar que estén al alcance de todos, y (iv) acceso a la información, que comprende el derecho de solicitar y recibir datos a temas relacionados con este derecho.

En esta materia, para acceder a los servicios y tecnologías en salud cubiertas por el SGSSS o en los diferentes regímenes exceptuados o especiales, es necesario encontrarse afiliado a ellos, motivo por el cual los obstáculos administrativos se constituyen en una barrera de acceso.

Respecto a este punto, la Corte Constitucional en la sentencia T-635 de 2007 dilucidó:

“De los principios que inspiran el sistema de seguridad social en Colombia, se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza. A pesar de que gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dedicado a determinar las reglas de protección de las mencionadas prestaciones, debe tenerse en cuenta que un presupuesto esencial para que sea viable esta protección consiste en procurar una garantía a priori, cual es la de estar dentro del sistema. La estructura del sistema de seguridad social, en general, y de salud, en particular, en nuestro país convierte lo anterior en una condición necesaria para hacer posible el acceso a los servicios de salud, pues el sistema está diseñado para ofrecer sus prestaciones a favor de aquellas personas que lo conforman.

De este modo, las herramientas jurídicas para lograr la protección del derecho a la salud, resultan inocuas para quienes no forman parte del sistema. De ahí, que cobre enorme relevancia constitucional la efectividad de aquellos mecanismos para alcanzar la inclusión en dicho sistema.

La situación de las personas que se encuentran excluidas es más urgente respecto de conseguir una protección efectiva de su derecho fundamental a la salud. Mientras que quienes forman parte del sistema deben agotar el procedimiento tendiente a la garantía de alguna

prestación en materia de salud, quienes están excluidos del sistema de seguridad social en salud deben, primero, lograr la satisfacción de los requerimientos para ingresar al sistema para, luego, aspirar a que se tomen las medidas concretas necesarias para que se proteja su salud. Por ello, el evento consistente en estar incluido en el sistema es un derecho, que obra como condición para garantizar el cumplimiento de las prestaciones que constituyen la prestación del servicio a la salud. Sin la garantía efectiva de dicho derecho, no es posible a su vez la garantía del contenido específico del derecho fundamental a la salud.”

Teniendo en cuenta que una de las formas de materialización del derecho a la salud es a través de la afiliación, ya que sin ella no es posible hacer uso de las prestaciones cubiertas por el sistema; se debe concluir que se transgrede la dimensión de no discriminación del principio de accesibilidad, no sólo cuando se impide el suministro de una determinada tecnología o servicio, sino también al imponer barreras para el ingreso al SSSS, vulnerando de esta forma tal derecho fundamental.

Lo anterior cobra mayor relevancia cuando a quien se le impide el ingreso al sistema es un menor de edad, toda vez que además de desconocer la prevalencia de la cual goza su derecho, se le priva de acceder a los servicios enunciados en la Resolución 3280 de 2018 del Ministerio de Salud, que dispone que en la primera infancia, requieren ser valorados por crecimiento y desarrollo; estado nutricional y antropométrico; las prácticas alimentarias; las estructuras dentomaxilofaciales y su funcionalidad; la salud auditiva, comunicativa, visual, sexual, mental; la dinámica familiar como apoyo al desarrollo integral; el contexto social, las redes de apoyo social y comunitario, la verificación del esquema de vacunación, el suministro de micronutrientes, y la desparasitación intestinal.

En atención a lo expuesto, la accesibilidad es un elemento esencial del derecho a la salud, y su quebrantamiento afecta el goce de esta garantía, que se ve afectada no solo cuando hay una falta de suministro de servicios y tecnologías; si no también, y con mayor relevancia e impacto, cuando se niega o dilata la afiliación al sistema de menores de edad.

RÉGIMEN EXCEPTUADO DE LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El Sistema Integral de Seguridad Social se rige por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; no obstante, conforme al artículo 279 de aquella normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado.

Es preciso indicar que el régimen de los cotizantes y beneficiarios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual tiene entre sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. Los recursos del Fondo son manejados por la Fiduprevisora S.A., quien debe contratar a distintas IPS para la prestación de los servicios de salud.

Ahora, si bien el Fondo tiene la facultad de establecer las políticas en materia de salud para sus miembros, eso no implica que éstas puedan desconocer los principios y garantías contenidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución.

Sobre este particular la Corte ha sostenido, que la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los

principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general³.

Lo anterior, toda vez que esa regulación debe estar acorde con los parámetros legales y constitucionales vigentes, en sentencia T-515A de 2006 la Corte puntualizó que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”.⁴

Igualmente, en providencia T-1028 de 2006 al reiterar la sentencia T-515A de 2006 señaló que “el carácter excepcional del régimen de seguridad social indicado, no implica en manera alguna -ha dicho la Corte-, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación”.

Ahora bien, en el caso particular de la regulación que rige a los afiliados al Fomag en materia de salud, observa la Sala que entre los beneficiarios del cotizante⁵ no se contempla a los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente, los cuales sí están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en Salud.

Teniendo en cuenta la diferencia de trato que se desprende de ambas normatividades, estimó la Corte Constitucional oportuno hacer un análisis para determinar si el mismo genera un desconocimiento del principio de igualdad. La relevancia de tal evaluación parte de considerar

³ En sentencia C- 835 de 2002 se señaló: “En virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República promulgó el régimen general e integral de Seguridad Social para los habitantes del territorio nacional. Este régimen estructura el sistema administrativo que se dirige a garantizar la efectiva promoción de los derechos derivados de la garantía constitucional a que se contrae el artículo 48 de la Carta Política. No obstante, consciente de la necesidad de establecer regulaciones especiales en la materia, que resolvieran exigencias particulares de ciertos grupos humanos, el constituyente del 91 admitió en ciertos casos la existencia de regímenes especiales de seguridad social.-En el mismo contexto, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha admitido que la existencia de regímenes prestacionales distintos al régimen general de seguridad social no vulnera per se el derecho a la igualdad constitucional, consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior. El Tribunal acepta en su jurisprudencia que la existencia sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social.-Con todo, la misma línea jurisprudencial de la Corte ha hecho la salvedad de que, aunque el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general”. Igualmente, en la sentencia T-907 de 2004 expresó que: “En anteriores pronunciamientos, la Corte Constitucional ha explicado que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que allí se otorgan a los afiliados y beneficiarios no sean menores que los del régimen general”. Lo anterior ha sido reiterado las sentencias T-632 de 2013, T-590 de 2016 y T-177 de 2017, entre otras.

⁴ Posición que ha sido reiterada en sentencias T-602 de 2006, T-1028 de 2006, T-524 de 2009, T-547 de 2014, T-248 de 2016 y T-003 de 2019, entre otras.

⁵ Hacen parte del grupo familiar de los cotizantes al Fomag. (i) Cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando no esté afiliado a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en salud; (ii) hijos menores de 18 años; (iii) los hijos de los afiliados hasta el día que cumplan 26 años que dependan económicamente del afiliado; (iv) los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente de afiliado; (v) los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando la hija del docente sea beneficiaria del afiliado; (vi) padres de cotizantes solteros sin hijos y dependan económicamente de éste y no le asista obligación de estar afiliados a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud; (vii) padres de cotizante que dependan económicamente de éste, que no les asista la obligación de estar afiliados a otro régimen de excepción o al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que ellos no tengan como beneficiarios a hijos, cónyuge o compañero (a) permanente; (viii) los hijos: (a) nacidos dentro del matrimonio o unión marital de hecho; (b) los de cada uno de los integrantes del matrimonio o unión marital de hecho.

que los sujetos regulados por ambos regímenes son susceptibles de ser comparados, si se tiene en cuenta que, en los dos casos, (i) se está frente a niños destinatarios de una medida de protección, como lo es, la custodia, (ii) su reconocimiento como beneficiarios es un instrumento necesario para acceder a las prestaciones en materia de salud y (iii) las personas a cuyo cargo se encuentra la custodia se hallan afiliadas al sistema de salud.

La diferencia de trato, como se señaló con anterioridad, se concreta en el hecho de que, en el régimen general de seguridad social en salud, los niños, niñas y adolescentes dados en custodia, hacen parte del grupo familiar de quien la ejerce, la cual no ocurre en el del Fomag, toda vez que de la normatividad establecida para tal régimen no se observa que estos menores de edad se encuentren incluidos como beneficiarios del cotizante afiliado.

En atención a la afectación del mandato de trato igual entre grupos de personas cuyas similitudes son más relevantes que sus diferencias, es procedente determinar si la distinción está justificada. Para ello es necesario la aplicación de un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta en tanto la medida afecta el derecho fundamental a la salud de los niños que, constitucionalmente, son considerados sujetos de especial protección. En esa dirección se debe establecer si la diferencia existente (i) persigue un propósito constitucional imperioso, (ii) es efectivamente conducente y necesaria para alcanzarlo y, finalmente, (iii) si es estrictamente proporcionada.

La Corte Constitucional encontró que la medida bajo examen no supera ni siquiera el primer presupuesto, toda vez que no se evidencia ningún propósito o razón que pueda justificar que los niños bajo custodia de una persona afiliada al régimen del Fomag no puedan ser beneficiarios en salud de esta última. De hecho, esta medida le impide a los menores acceder a los servicios de salud y, a las personas que los tienen bajo su cuidado, ejercer los deberes jurídicos de protección de sujetos que, se insiste, son destinatarios de una especial protección constitucional.

Por tal razón, se consideró que se desconoce el principio de igualdad de los afiliados al Fomag al no incluirse a estos niños y adolescentes como beneficiarios, toda vez que tal situación representa una desmejora frente a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; el desconocimiento del interés prevalente de los menores; así como de los principios de solidaridad, universalidad, al no tener en cuenta la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los menores otorgados en custodia legal; y el de accesibilidad al ser obstaculizada su afiliación.

GENERALIDADES DE LA CUSTODIA Y EL ALCANCE DE LA CUSTODIA PROVISIONAL EN EL DERECHO A LA SALUD

La custodia es el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes que en virtud de lo señalado por esta Corporación “se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente”⁶.

Conforme al artículo 253 del Código Civil y 23 del Código de Infancia y Adolescencia, la custodia de los niños, en principio le corresponde a los padres, y se extiende a las demás personas que convivan con ellos. No obstante, el artículo 254 del Código Civil señala que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres se puede confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas, en virtud de la prevalencia de sus derechos.

⁶ Sentencia T-351 de 2018.

Ahora, si bien en principio la custodia está encomendada a los progenitores, en aras del interés superior del menor, también 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, por ende, quien la recibe le debe ofrecer una crianza y educación adecuada, entre otras obligaciones, toda vez que al ejercerla se asumen los mismos deberes de los padres⁷.

De otro lado, la custodia puede ser acordada a través de conciliación judicial o extrajudicial, o decidida en el trámite de un proceso administrativo de restablecimientos de derechos, o en única instancia en un juzgado de familia⁸. El proceso administrativo de restablecimiento de derecho en principio le corresponde al defensor de familia; no obstante, el comisario de familia también puede definirla provisionalmente en los casos de violencia intrafamiliar y cuando en el municipio no hubiere defensor de familia.

En este orden de ideas, 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.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene el señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA, en nombre propio, hace uso del trámite constitucional de la referencia en contra de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA- ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

Lo anterior, en ocasión a que expone que ha solicitado a las accionadas Fiduprevisora y la Clínica General del Norte, la afiliación del niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS con NIUP 1.042.274.857, quien es su nieto y se encuentra bajo su custodia, toda vez, que el Juez Tercero de Paz de la República de Colombia, mediante diligencia de conciliación le otorgó la custodia compartida, siendo negada por estos.

La accionada FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., hizo caso omiso al requerimiento efectuado por esta agencia judicial en el acto admisorio, toda vez que no emitió pronunciamiento alguno, a pesar de ser notificada, al correo electrónico dispuesto para ello, como se observa a continuación.

⁷ Conforme al artículo 14 del Código de la infancia y adolescencia los padres son los responsables del cuidado, orientación, acompañamiento y crianza de los niños y niñas y adolescentes.

⁸ Numeral 3º, 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.



Por su parte, la IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A., indicó en su contestación que era de conocimiento de toda la Población Docente, la Afiliación de Nietos no estaba contemplada dentro de los pliegos de condiciones contratados por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.

Ahora bien, revisadas las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que, efectivamente, se encuentra probado que el Juez Tercero de Paz de la República de Colombia, mediante acta de conciliación adiada 1 de diciembre del año 2020 decidió entregarle la custodia compartida con la señora DANIELA ISABEL IGLESIA ZABALA, del niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS con NIUP 1.042.274.857, a su abuelo y hoy accionante, el señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA.

En este orden de ideas, es preciso indicar que con independencia de si los padres se encuentran afiliados al SGSSS, la obligación de cuidado está en cabeza del abuelo, a quien una autoridad competente⁹ le otorgó la custodia, y de la madre quien señaló no tener los recursos económicos para el cuidado de su hijo, quien depende totalmente de su progenitor, el padre de su niño los abandonó y no tiene conocimiento de su paradero.

Esta agencia judicial vinculó a COOMEVA EPS, teniendo en cuenta que el padre figura en el ADRES como cotizante, con el objeto que dicha EPS, nos proporcionara alguna dato de notificación del señor JUAN CARLOS BOLAÑO PEÑA C.C.: 72.258.017, o de su empleador para contactarlo, no obstante, su localización fue imposible, toda vez que COOMEVA EPS, no atendió el requerimiento judicial, por lo que se notificó por aviso en el micrositio web del juzgado.

Por lo tanto, en atención al desarrollo normativo y jurisprudencial le corresponde al accionante, al ostentar la custodia del niño, cumplir con todas las obligaciones propias de la familia tendientes a garantizar sus derechos, entre las que se encuentra la inclusión en el sistema de salud y de seguridad social.

Es pertinente citar la sentencia T-325 de 2016 donde se estudió el caso de una menor de edad entregada en custodia por el ICBF a su prima hermana, a quien la EPS le negó la afiliación como beneficiaria de esta última, con fundamento en que “el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015,

⁹ Ley 497 de 1999.

señala que sólo puede reconocer dicha prerrogativa a favor de los niños sobre los cuales se tenga la patria potestad por vínculos biológicos o mandato legal o por la entrega de su custodia al cotizante de manera permanente". En esa oportunidad, la Sala Quinta de Revisión indicó que la interpretación realizada por la EPS violaba los artículos 44 y 49, y señaló que la norma no distingue entre la custodia provisional o definitiva, y solo condiciona la calidad de beneficiaria a que sea otorgada por autoridad competente. En esa oportunidad la Corte estableció que:

"(i) cuando se trata de la protección del derecho a la salud de los niños y niñas, concurren las responsabilidades de los padres, o guardianes legales que ejercen su custodia, y las autoridades públicas; y (ii) estas obligaciones derivadas del deber de cuidado se extienden a quienes ostentan su custodia por decisión provisional del Defensor de Familia, bajo sus competencias legales y en aplicación de las diferentes medidas de restablecimiento de derechos contempladas en el Código del Menor. En ese sentido, sobre estas personas también se aplican las cargas asociadas a la responsabilidad parental"

De este modo, se avizora que la negativa de la accionada de afiliar al niño como beneficiario de su abuelo, se constituye en una barrera administrativa que impide el acceso a los servicios de salud, en consecuencia al goce efectivo de este derecho fundamental, transgrediendo de esta manera la dimensión de no discriminación del principio de accesibilidad, debido a que se obstaculiza el ingreso al sistema de salud un niño dado en custodia provisional, sin que exista una razón o un propósito imperioso que justifique porqué los niños entregados bajo esta modalidad de custodia no pueden ser beneficiarios de la persona que lo tiene bajo su cuidado.

En este punto del análisis, es imperioso traer a colación la sentencia T 042- de 2020, en la cual Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional señaló que hacen parte del núcleo familiar del afiliado cotizante "los menores entregados en custodia legal por autoridad competente", y aclaró que esta disposición no diferencia o distingue el tipo de custodia otorgada.

En tal sentido, los administradores de los regímenes, sean general o especial, no pueden hacer una diferencia del tipo de custodia cuando la normativa no lo hace, más aún cuando se está poniendo en riesgo la salud de un menor y desatendiendo su interés superior.

La negativa de la FIDUPREVISORA S-A., de afiliar al niño como beneficiario por no estar bajo custodia definitiva de su abuelo cotizante, porque los nietos no se encuentran contemplada dentro de los pliegos de condiciones contratados con las IPS constituye una barrera administrativa que impide el acceso a los servicios de salud, en consecuencia, conculca una garantía constitucional fundamental en su núcleo, referido a la dimensión de no discriminación del principio de accesibilidad.

Precisó la Corte Constitucional en sentencia T-515A de 2006 que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, "la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política".

Igualmente, en providencia T-1028 de 2006 al reiterar la sentencia T-515A de 2006 señaló que "el carácter excepcional del régimen de seguridad social indicado, no implica en manera alguna -ha dicho la Corte-, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación".

Encontró que existe ningún propósito o razón que pueda justificar que los niños bajo custodia de una persona afiliada al régimen del Fomag no puedan ser beneficiarios en salud de esta última. De hecho, esta medida les impide a los menores acceder a los servicios de salud y, a las personas que los tienen bajo su cuidado, ejercer los deberes jurídicos de protección de sujetos que, se insiste, son destinatarios de una especial protección constitucional.

Finalmente, teniendo en cuenta que no era la primera ocasión en que la FIDUPREVISORA S.A., impedía la afiliación de los niños, niñas y adolescentes, entregados en custodia provisional se le previno para que se abstuviera de incurrir en la misma conducta vulneradora, lo cual abiertamente ocurrió en el caso de marras.

Por lo cual, se compulsarán copias ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que inicie la investigación correspondiente con ocasión de los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

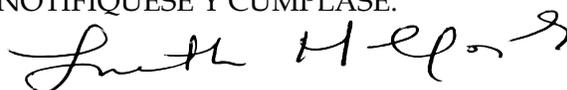
Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se ampararan los derechos depuestos por el actor, toda vez que la decisión de la accionada en no afiliar al niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS, es abiertamente vulneratoria y contraria a la Constitución, jurisprudencia y prevalencia de los derechos de los niños, máxime, cuando en proveído de la Corte Constitucional, fueron prevenidos para que en lo sucesivo se abstuvieran de incurrir en la acción vulneradora que dio lugar al amparo constitucional.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. AMPARAR los derechos depuestos por el señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA en representación del niño al niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS, de conformidad a lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión.
2. ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que en el término de dos días posteriores a la notificación de este proveído proceda a afiliar al niño ADRIEL EFRÉN BOLAÑO IGLESIAS a su Subsistema de Salud en calidad de beneficiario del señor JAVIER JESÚS IGLESIAS ACOSTA en calidad de abuelo y detentador de la custodia del niño.
3. COMPULSAR copias ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que inicie la investigación correspondiente con ocasión de los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela.
4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA