



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:
DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 4 de agosto de 2022

Acta No. 114

Proceso	IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	54-518-31-84-001-2022-00114-01
Accionante	PATRICIA GONZÁLEZ PEÑA Agente Oficiosa de JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA
Accionado	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y otro

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la FIDUPREVISORA S.A., contra el fallo de tutela de fecha 21 de junio de 2022 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

PATRICIA GONZÁLEZ PEÑA actuando como agente oficiosa de su padre JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, manifestó que éste es beneficiario del docente EFRAÍN GONZÁLEZ PEÑA en el FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO - UT MÉDICO PREVENTIVA.

¹ Folio 2 y 3 archivo 003CorreoyAnexosEscritoTutela cuaderno electrónico de primera instancia enviado por el aplicativo One Drive.

Refirió que su padre presenta *“fractura antigua y osteomielitis”*, por lo que *“actualmente se me presenta dolor, que me impide desarrollar actividades básicas del ser humano como es el aseo corporal, realizar mis necesidades fisiológicas, a consecuencia del intenso dolor causado por lo antes mencionado”*, y los galenos de la UT MÉDICO PREVENTIVA le han ordenado *“ser tratado en la ciudad de CUCUTA, por especialistas en ORTOPEDIA”*.

Manifestó que *“la orden médica de especialista fue radicada el 24 de febrero de 20222 (sic) y a la fecha no hemos recibido respuesta positiva o negativa con referencia a la autorización para los procedimientos médicos solicitados”*.

Peticiones².-

Solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, y en consecuencia,

SEGUNDO: Se ordene a quien corresponda la realización de las acciones pertinentes como la cirugía de retiro de la platina o las acciones correspondientes para mejorar la situación de salud del paciente.

TERCERO: Que la FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA, asuma el costo de traslado y estadía de JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA y el acompañante, pues es un adulto mayor que cuenta con 90 años de edad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

Asumido por competencia el conocimiento de la acción de tutela enviada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Toledo, el 6 de junio de 2022 el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE PAMPLONA la admitió, vinculó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, ordenó correr traslado por el término de dos días para ejercer el derecho de defensa y tuvo como pruebas los documentos allegados con la acción de tutela³.

² Folio 3 ibidem.

³ Archivo 008AutoAdmisorio20220606.

Con auto de 15 de junio de 2022 vinculó a la UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB⁴ y el 21 de junio siguiente decidió la acción constitucional⁵.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

Ministerio de Educación Nacional⁶.-

Manifestó que dicho ente no es el competente para atender las solicitudes prestacionales a cargo de las secretarías de educación y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ello consideró que *“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, por virtud de la ley es administrado bajo la figura de patrimonio autónomo por FIDUPREVISORA S.A., fiduciaria que ejerce la vocería y representación judicial y extrajudicial de FOMAG”*.

Indicó además que no es ni representa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tampoco tiene injerencia en las prestaciones sociales responsabilidad del patrimonio autónomo, ni de la prestación de los servicios de salud requeridos por el Accionante.

Considera que para el *“caso son FIDUPREVISORA S.A., el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la entidad contratada a nivel regional, quienes están obligados a prestar los servicios de salud requeridos por los docentes afiliados y sus beneficiarios”*, en concreto, la *“UT Médico Preventiva, es la entidad que está obligada a prestar los servicios de salud requeridos por los docentes afiliados a la misma”*.

Tras hacer relación a varios precedentes jurisprudenciales y normas legales, solicitó *“DESVINCULAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL dentro de la presente acción de tutela por cuanto no está desconociendo ni vulnerando derecho fundamental alguno en el sentido de predicarse de la referida entidad la falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

⁴ Archivo 014AutoVinculacion20220615.

⁵ Archivo 017Fallo20220621.

⁶ Archivo 010ContestacionMinisterio20220608.

Fiduprevisora S.A.⁷.-

Por medio de la Coordinadora de tutelas manifestó que dicha entidad *“actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

Textualmente indicó que:

4. En ese orden de ideas, **FIDUPREVISORA S.A.** dentro del giro ordinario de sus negocios, y como **Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios, es más, no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo **se itera, no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.**

Indicó que según el aplicativo interinstitucional “HOSVITAL” del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *“JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA se encuentra en registrado en el régimen de excepción y vinculado a la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB.”*, y se encuentra activo, pese a lo anterior y contradiciendo tal manifestación, indicó que *“la accionante no puede acceder a los servicios médicos del Fondo a través de las Uniones Temporales, debido a su condición de retirada (...)”*.

Solicitó negar y desvincular de la acción de tutela a la FIDUPREVISORA por falta de legitimación en la causa por pasiva.

⁷ Archivo 011ContestaciónFiduprevisora20220608.

Fundación Médico Preventiva⁸.-

Por medio de apoderada judicial indicó que *“Revisado el sistema de salud el paciente JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA C.C. N° 1996411 se encuentra afiliado en el régimen de salud magisterio como IPS UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB y la EPS FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y FOMAG”*.

Indicó que la *“FUNDACION MÉDICO PREVENTIVA en la actualidad No es la llamada a garantizar la adecuada, integral y oportuna atención médica a los afiliados del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en NORTE DE SANTANDER puesto que la relación jurídica contractual que legitimaba a mi representada para ejercer las actividades, se vio afectada por la terminación del contrato a término fijo N°. 12076-006-2012 celebrado entre la UNIÓN TEMPORAL ORIENTE REGION 5 y la FIDUPREVISORA, desde el 28 de Febrero del 2018”*.

Solicitó la desvinculación de la entidad y vincular a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, último *“quien ganó el contrato del Régimen Del Magisterio bajo la figura de Licitación Pública suscrito con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., quien hace las veces de Entidad Promotora de Salud (E.P.S.)”*.

U.T. RED INTEGRADA FOSCAL - CUB⁹.-

Por medio del Coordinador Regional informó que *“JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, identificado con la cédula ciudadanía No. 1.996.411, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social Régimen Excepción, en esta entidad y zonificado en el Municipio de Pamplona. El estado de su afiliación es Activo conforme lo reporta su EPS ASIMILADA LA FIDUPREVISORA”*.

Solicitó negar por improcedente la acción de tutela por ausencia de vulneración de derechos fundamentales *“toda vez que, la prestación del servicio de salud realizado por la UNION TEMPORAL, se ha desarrollado de forma integral teniendo como base*

⁸ Archivo 012ContestaciónFundación20220609.

⁹ Archivo09RespuestaFoscalCub ibidem.

los conceptos médicos de los profesionales adscritos a la red, quienes fijan las conductas clínicas, exámenes, medicamentos, procedimientos y en general, que requiera el usuario para lograr el mejoramiento de su patología, dentro del marco de las obligaciones legales y contractuales de los términos de referencia que guían las relaciones entidad-usuario”.

Respecto a la autorización para el procedimiento de retiro de platino, encontró que el paciente asistió a consulta el 21/01/2022 y allí el galeno EDGAR LEONARDO HERNÁNDEZ ESCALANTE le ordenó una serie de procedimientos y medicamentos de los que indica fueron autorizados, allegando las correspondientes órdenes de servicio.

Respecto de la cita médica con ortopedia y traumatología indicó que fue asignada y luego cancelada por el paciente, encontrando que *“NO se presentó demoras ni negaciones dentro del prestación del servicio de salud. Es el paciente quien se niega a recibir el servicio suministrado”.*

Indicó que la entidad *“realiza todas las acciones tendientes a procurar el tratamiento de los pacientes, pero un procedimiento quirúrgico no solamente es de programarse de manera inmediata”*, pues requiere la materialización de varias etapas previas y señala que en el caso concreto *“el paciente tenía el ordenamiento desde marzo y solo lo hace efectivo días antes de interponer la tutela, lo que denota es el poco interés del paciente en que se le programe el procedimiento”.*

Frente a la solicitud de viáticos señaló que *“Son prestaciones que corresponde a la FOMAG a través de la FIDUPREVISORA atender las cuales no son de nuestro resorte toda vez que son prestaciones económicas que se encuentra por fuera del contrato celebrado para la atención de los pacientes”.*

En cuanto al transporte municipal indicó que *“la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB, garantiza a cada uno de los usuarios la prestación de los servicios de salud, los cuales se autorizan bajo la red servicios que tenemos contratada para ello, en el caso de los pacientes de Toledo, su red prestadora cuando la especialidad no se puede garantizar en el lugar de domicilio del usuario son remitidos a la ciudad más próxima es decir Cúcuta, cuando ello ocurre se le*

generan los tiquetes para la empresa COOTRANSUNIDOS al usuario por autorización contractual con la FIDUPREVISORA-FOMAG, conforme anexo 1, del contrato suscrito con la FIDUPREVISORA, entidad que autorizaran los traslados a los usuarios”, sin embargo, para el “caso el pasaje cuesta \$ 25.000 por trayecto y el salario mínimo diario en Colombia para el 2022, se encuentra en la suma de \$33.333, por lo tanto la entidad NO puede autorizar conforme las indicaciones de la FIDUPREVISORA”, así como tampoco el traslado de un acompañante dado que por disposición de la FIDUPREVISORA solo se autoriza a menores de 15 años, y tampoco alojamiento y manutención, por tratarse de personas de “régimen de excepción con suficientes recursos económicos para asumir estos gastos”, además de que el tratamiento del paciente ha sido ambulatorio.

Agregó que “los servicios que ha requerido a la fecha no le han sido debidamente ordenados por su médico tratante, quien conforme sus patologías base ha prescrito todos y cada uno de los servicios que la misma requiere conforme a las patologías que padece, y acorde a lo ordenado por los médicos adscritos a nuestra red de servicios, y es este profesional en salud quien determinan la necesidad de los servicios médicos solicitados y posteriormente será iniciado el proceso de elaboración PREVIA ORDEN MÉDICA”.

Solicitó declarar improcedente la acción de tutela “por cuanto la programación fue debidamente, autorizados y programada pero el accionante cancela nuevamente la cita, conforme las evidencias aportadas al despacho”, y “no existe NEGACION DE LOS SERVICIOS requeridos el señor JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ por parte de la UNION TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL-CUB”.

Además, solicitó que “ordene el reconocimiento del recobro del 100% de los gastos generados por las prestaciones médicas que requiere el accionante a la UNIÓN TEMPORAL REDINTEGRADA FOSCAL CUB ante el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SALUD (FOMAG), en caso tal de que el Despacho realice una modificación al contrato y ordene que la IPS, le brinde este servicio al usuario sin que fuere de su competencia contractual, y por estar Excluidas del contrato de los servicios de salud que la entidad ha suscrito con la FIDUPREVISORA EPS ASIMILADA, para el Magisterio”.

SENTENCIA IMPUGNADA¹⁰.-

Mediante fallo de fecha 21 de junio de 2022 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta municipalidad resolvió tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de JUAN DE JESÚS GAMBOA, y dispuso:

SEGUNDO: ORDENAR a la **UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB**, mientras perdure su vínculo contractual, y al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** administrado y representado por la **FIDUPREVISORA**, quien cumplirá la orden a través de la entidad que decida contratar para el efecto, que en el término improrrogable de dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo hubiere hecho, **por conducto de la dependencia y/o funcionario pertinente**, autorice, gestione, suministre y realice todas las actuaciones necesarias para brindar un tratamiento integral y adecuado a JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, respecto de las patologías FRACTURA DE LA DISFISIS DE LA TIBIA y/o OSTEOMIELITIS, conforme determinen sus médicos tratantes, advirtiéndole que en caso de no garantizar los servicios médicos en el municipio de Toledo (N. de S.), ha de autorizar los gastos de traslado para el agenciado y un acompañante, este último dada la particular condición del afiliado, desde su lugar de residencia y hasta el sitio donde será prestado el servicio requerido.

TERCERO: ABSTENERSE de autorizar a la accionada el recobro, toda vez que dispone de los mecanismos legales y administrativos para hacer efectivo sus derechos de contenido patrimonial.

Consideró a *“JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, un sujeto de especial protección por parte del estado, a quien le han sido prescritos servicios médicos que a la fecha no han sido garantizados por la entidad responsable de su prestación, residiendo en una zona apartada, siendo remitido a otras poblaciones para acceder a los servicios, imperiosa se hace la intervención del Juez Constitucional en procura de sus derechos fundamentales impartiendo órdenes al respecto”*.

Adicionalmente señaló que *“dada la naturaleza particular del régimen excepcional al que pertenece JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, se tiene que, si bien actualmente la entidad encargada de brindar todas las garantías de los servicios de salud que su afiliado requiera lo es la UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, esto*

¹⁰ Archivo 017Fallo20220621.

obedece a un contrato cuya cobertura es temporal, por lo que una orden dirigida exclusivamente a esta institución se tornaría insuficiente en el tiempo, se impone vincular como responsable solidario del cumplimiento de la orden que acá se imparte al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrado y representado por la FIDUPREVISORA”.

IMPUGNACIÓN¹¹.-

FIDUPREVISORA S.A. interpuso recurso de apelación señalando ser *“vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

Señaló que la entidad *“quien actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales en este caso la UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB”.*

Pretende con el escrito presentado:

PRIMERO. IMPUGNAR el presente fallo de tutela en relación con FIDUPREVISORA S.A., quien actúa como vocera y administradora de Patrimonio Autónomo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como se explicó anteriormente, ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

SEGUNDO. - REQUERIR a la UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB, quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste.

¹¹ Archivo 019ImpugnaciónFalloFiduprevispra20220624.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la presente acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto 1069 de 015, modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico. –

Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad que habilitan su procedencia. En caso de ser satisfechos, determinar si la FIDUPREVISORA S.A., está legitimada por activa para cumplir las órdenes emitidas en el fallo impugnado.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de

procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad asunto¹².

Legitimación en la Causa. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”*¹³ respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*¹⁴. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹⁵.

Por activa, la acción de tutela puede ser ejercida en nombre propio, por representante, o, agenciando derechos a favor de un tercero, último evento que se presenta cuando el titular de los mismos se encuentre imposibilitado para adelantar su propia defensa, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹⁶.

Respecto a la agencia oficiosa la Corte Suprema de Justicia señaló:

(...) ningún tercero puede acudir al mecanismo de defensa constitucional en solicitud de amparo, por hechos que no afecten sus derechos fundamentales, a menos que se presente como apoderado o representante del agraviado, o bien como agente oficioso. Si de apoderado judicial se trata es indispensable presentar el poder; pero si la intervención acaece como agente oficioso, deberá manifestarse expresamente en la solicitud que el titular de los derechos constitucionales fundamentales no se encuentra en condiciones de ejercer su propia defensa. (CSJ SC 9 Feb. 1996, Exp. 2822; 9 Oct. 1998, Exp. 5429; 19 Feb. 2002, Exp. 0159-01; 24 Feb. 2004, Exp. 00219-01; 11 Mar. 2009, Exp. 00001-01)¹⁷

¹² Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹⁵ T 091 de 2018, op. cit.

¹⁶ “ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

¹⁷ Reiterado en STC15133 DE 2019.

En el presente caso, PATRICIA GONZÁLEZ PEÑA presentó la acción de tutela como agente oficiosa de su padre JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, atendiendo la avanzada edad de éste (90 años) y los padecimientos de salud que lo aquejan, situaciones que dan paso para habilitar la interposición de la queja constitucional dada la representación alegada.

Por pasiva, está el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la UT MÉDICO PREVENTIVA, quienes se encuentran legitimados en la medida en que se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda, además se vinculó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER y MINISTERIO DE EDUCACIÓN, entidades que en el ámbito de su competencia están comprometidas con los supuestos fácticos y podían ser partícipes de la decisión adoptada.

Conforme a lo analizado se encuentra acreditado este requisito.

Inmediatez. -

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹⁸.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez¹⁹.

¹⁸Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁹ “(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica”. Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

Al estudiar el cumplimiento de dicho requisito en el caso sub judice, la Sala lo encuentra acreditado, en aplicación al precedente jurisprudencial que sobre el mismo ha establecido la Corte Constitucional²⁰, dado que, según los supuestos fácticos narrados, la presunta vulneración se presentó a partir del 24 de febrero de 2022 (fecha en que se radicó la orden para la cita con ortopedista), la cual no fue autorizada. Como se acudió a la acción de tutela el 3 de junio de 2022²¹, es decir, aproximadamente 3 meses después, dicho término resulta razonable para acudir a la vía constitucional, atendiendo que la Corte Constitucional ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, se ha considerado que el plazo oportuno generalmente es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela²².

Subsidiariedad. -

En su carácter residual *“La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*²³.

Con respecto a la existencia de otros mecanismos de protección ante la Superintendencia Nacional de Salud, que harían inviable el trámite de esta acción, nuestra Corte Constitucional manifestó en sentencia T-117 de 2019:

A raíz de algunos análisis efectuados por el Alto Tribunal, cuando se encuentran de por medio intereses de sujetos de especial protección constitucional (menores de edad, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con disminuciones físicas y psíquicas y personas en situación de desplazamiento), y especialmente por casos estudiados en ésta Sala, se detectaron debilidades en la estructura del procedimiento ante la SNS que desvirtúan, en algunos casos su idoneidad y en otros su eficacia en razón a:

²⁰ Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) ***cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual*** (negrilla y cursiva fuera de texto) T-246 de 2015.

²¹ Folio 1 Archivo 003CorreoyAnexosEscritoTutela

²² Sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

²³ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos.

Las debilidades mencionadas han cobrado mayor relevancia, debido a la reciente Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018 realizada por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, en donde el Superintendente de Salud aceptó que dicha entidad de vigilancia no cuenta con la infraestructura necesaria para cumplir con los términos del trámite aludido. Puntualmente señaló: "...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años". (Negrilla en original)

Además de lo anterior, se evidenció que los asuntos establecidos en los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 no abarcan en su totalidad las posibles controversias que puedan suscitarse entre los usuarios y sus EPS.

Así pues, para un sector del alto Tribunal, el procedimiento establecido por la Ley 1122 de 2007 y modificado por la ley 1438 de 2011 no es idóneo y tampoco eficaz, pues carece de idoneidad y eficacia, por lo que la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuentan los ciudadanos para obtener protección de sus garantías fundamentales.

Tesis que fue reiterada en sentencia SU-508 de 2020, en donde además señaló que:

Mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos.

De esa manera, por existir debilidades constitutivas en el mecanismo de resolución principal y dado que la protección constitucional lo es para un sujeto especial protección, se dará por satisfecho este requisito.

Satisfechos los requisitos de procedibilidad se entra a resolver el asunto impugnado.

Régimen exceptuado de Seguridad Social del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. -

El régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1991 como *“una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta “* y entre sus objetivos está el de *“Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo”²⁴.*

Respecto al régimen de Seguridad Social en Salud de los docentes y sus beneficiarios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Corte Constitucional dijo:

De acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social que tiene una proyección general, no le es aplicable a todos los estamentos que hacen parte de la comunidad nacional. La propia ley reconoce una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normatividad general. Tal es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del personal regido por el Decreto 1214 de 1990 y de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

Por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación -adscrita al Ministerio de Educación Nacional-, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la fiduciaria La Previsora S.A.

Como complemento de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del

²⁴ Numeral 2 artículo 5 Ley 91 de 1989.

artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3.2. Sobre el punto, ha podido precisar la jurisprudencia constitucional que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien corresponde la atención de los usuarios.

Así las cosas, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios.

(...)

Quiere ello decir, a título de conclusión, que las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional, pueden brindar coberturas más amplias y servicios adicionales a los afiliados del magisterio, situación que se traduce en que “al no existir homogeneidad en los servicios médicos asistenciales prestados en este régimen especial, es pertinente tener en cuenta que hasta que el sistema no se consolide y preste los servicios en forma universal y en condiciones de igualdad para todos, en el caso de los docentes vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, la prestación depende de la oferta de servicios que haya en cada región y la disponibilidad de recursos con que cuente cada Departamento, los cuales deben estar plasmados en el respectivo contrato de fiducia, sin que por ello se deba entender que se pueden desconocer los principios y valores contemplados en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte”²⁵.

CASO CONCRETO. -

En el caso que nos ocupa, PATRICIA GONZÁLEZ PEÑA agenciando derechos de su padre JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA buscó la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida, igualdad y seguridad social de éste presuntamente vulnerados por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL

²⁵ T-644 de 2010 reiterada STP817 de 2015.

MAGISTERIO, FIDUPREVISORA y UT MEDICO PREVENTIVA, tramite al que se vinculó a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

El JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE PAMPLONA resolvió tutelar los derechos a la salud y vida en condiciones dignas de JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, ordenando a la UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB y al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrado y representado por la FIDUPREVISORA que *“autorice, gestione, suministre y realice todas las actuaciones necesarias para brindar un tratamiento integral y adecuado a JUAN DE JESÚS GONZÁLEZ GAMBOA, respecto de las patologías FRACTURA DE LA DISFISIS DE LA TIBIA y/o OSTEOMIELITIS, conforme determinen sus médicos tratantes, advirtiéndole que en caso de no garantizar los servicios médicos en el municipio de Toledo (N. de S.), ha de autorizar los gastos de traslado para el agenciado y un acompañante, este último dada la particular condición del afiliado, desde su lugar de residencia y hasta el sitio donde será prestado el servicio requerido”*.

Tal decisión fue impugnada por la FIDUPREVISORA S.A., argumentando la falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que:

ésta es una administradora de recursos públicos, que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región.

Además, solicitó *“REQUERIR a la UNIÓN TEMPORAL FOSCAL CUB, quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive”*. Añadió que,

FIDUPREVISORA S.A. dentro del giro ordinario de sus negocios, y como Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios, es más, no tiene

la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo se itera, no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

Atendiendo que solitariamente la FIDUPREVISORA impugnó el fallo de primera instancia y lo hizo exclusivamente frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, será solo respecto de este puntual asunto que se pronunciará la Sala.

Bajo el entendido de que la Fiduciaria apelante no fue vinculada por sí en esta acción, pues la orden de la *A quo* fue que al *"FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrado y representado por la FIDUPREVISORA, quien cumplirá la orden a través de la entidad que decida contratar para el efecto"*, se centra la impugnación en la falta de legitimación por la falta de competencia para la prestación de servicios de salud, servicio que, indica, debe ser prestado es por la UNION TEMPORAL FOSCAL CUB.

Al respecto, debe indicarse que según lo establecido por la Ley 91 de 1989, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, es *"una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística"*, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria, que según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990, con sus respectivas prorrogas, corresponde a la LA PREVISORA S.A.

La norma en mención señaló en el numeral 2 del artículo 5 que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO tiene como objetivo *"garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo"*, mientras que el numeral 5 de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil otorgado mediante la escritura pública referida se dispuso como obligación de la fiduciaria -LA FIDUPREVISORA S.A.-, *"Contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del FONDO y de acuerdo con las instrucciones que*

éste le imparta, los servicios médico asistenciales del personal docente afiliado al fondo”²⁶.

Es claro que por expreso mandato legal (y si bien no ejecuta directamente la labor), es función del FONDO “garantizar” la prestación de los servicios médicos asistenciales, lo que implica que su rol no se agota ni termina con la contratación de los servicios de salud. Al respecto, señaló la Corte Constitucional que “*en Sentencias T-563²⁷ y T-569²⁸ de 2002, entre otras, tras analizarse el contenido normativo de las disposiciones que regulan el contrato de fiducia, específicamente, los artículos 1126 y 1234 del Código de Comercio, el Tribunal Constitucional concluyó que la Fiduciaria “La Previsora” S.A. sirve de medio para cumplir un propósito determinado por el constituyente, pero que la obligación de velar por el cumplimiento de dicha finalidad es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”²⁹, del cual FIDUPREVISORA es vocero y administrador.

Adicionalmente, no puede soslayarse que el Alto Tribunal también señaló que “*En tal virtud, las autoridades que integran el Subsistema de Salud del Magisterio, en este caso, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A. y Médicos Asociados S.A., contra las cuales se dirigió la tutela, “deben aplicar la pauta hermenéutica de la interpretación conforme al determinar el alcance de las normas que rigen dicho Subsistema, y en consecuencia, prestar especial atención a la preservación de los derechos fundamentales que están en juego, especialmente tratándose de derechos de sujetos de protección constitucional reforzada, como los niños”* ³⁰, sujeto de especial protección que en este caso sería una persona de la tercera edad³¹.

²⁶ Folio 36 y ss archivo 010ContestaciónMinisterio20220608.

²⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ *Ibídem*.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T 177 de 2017.

³⁰ *Ibídem*.

³¹ “*Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor*”. Corte Constitucional, sentencia T 013 de 2020.

De lo anterior se deduce que aunque la complejidad y dimensión del servicio de salud implica inherentemente la conjunción de diversos actores, niveles y roles, lo que la Ley Estatutaria de Salud llama “sistema”³², norma cuyos principios y valores somete los regímenes especiales³³, ello no es óbice para que el Apelante pueda, en calidad de vocero y administrador del FONDO, desentenderse de garantizar la efectividad del acto clínico, último eslabón y razón de ser de tan complejo entramado

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona, Norte de Santander, el 21 de junio de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión bajo el reglamento expedido para el efecto.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala realizada el día 4 de agosto de 2022.

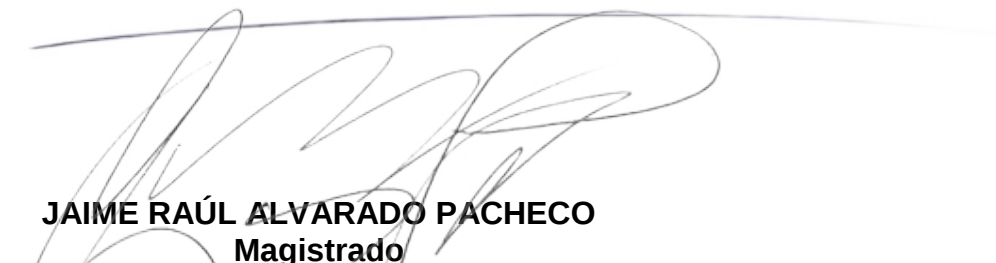
³² “Artículo 4. Definición del Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento, controles, información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud, quienes por expreso mandato del artículo 1 *ejusdem* confluyen en “garantizar el derecho fundamental a la salud”.

³³ “Esta Corporación ha determinado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados “no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia T 248 de 2016.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

Nelson Omar Melendez Granados

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Juzgado De Circuito

Promiscuo 1 De Familia

Cucuta - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **553e1e0b12d560508210e81392e29937da2d61fe42b5a7960791662a86774507**

Documento generado en 04/08/2022 11:55:31 AM

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