

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Procede el Despacho a resolver el recurso de impugnación formulado por la accionante señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ contra del fallo proferido el día 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Manizales - Caldas, dentro de la acción de tutela adelantada por la impugnante contra COSMITET LTDA y PROINSALUD S.A PASTO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales “a la salud y a la seguridad social”. Al trámite fueron vinculados la UNIVERSIDAD DE CALDAS, SECRETARÍA DE PLANEACIÓN DE MANIZALES, SECRETARÍA DE SALUD DE MANIZALES, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, OFICINA DEL SISBÉN DEL MUNICIPIO DE MANIZALES, OFICINA DEL SISBÉN NIVEL NACIONAL, DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, FIDUCIARIA LA PREVISORA.

1. ANTECEDENTES

1.1. Se pretende con la acción de amparo que sean tutelados los derechos fundamentales de la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ y en consecuencia se ordene a COSMITET LTDA – PROINSALUD S.A que la afilien nuevamente en salud -servicio que le fue prestado hasta el día 4 de enero de 2022-, y en consecuencia se le suministre el medicamento denominado ISOTRETINONA 20 MG cápsulas número 30.

1.2. Como fundamentos de su pedimento, expuso la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ que se encontraba afiliada al régimen contributivo ante PROINSALUD S.A en calidad de beneficiaria de su padre, pero como se encuentra residiendo en Manizales, la atención es brindada por COSMITET LTDA, entidad última que la desafilió el día 4 de enero de 2022 por haber cumplido 26 años de edad, no obstante ser estudiante en em Programa de Medicina de la Facultad de Ciencias para la Salud de la Universidad de Caldas.

Indicó que actualmente se encuentra recibiendo un tratamiento para el acné con el medicamento ISOTRETINONA 20 MG y debe acudir a controles constantes con el dermatólogo teniendo en cuenta que el tratamiento puede afectar su función hepática. Manifiesta no tener recursos para acudir a las citas de manera particular, y el traslado al régimen subsidiado tomaría mucho tiempo.

Refirió que el mencionado medicamento lo inició en el mes de agosto de 2021, y la última fórmula emitida data de diciembre 7 de 2021 por 6 meses, sin embargo, ante la desafiliación efectuada el día 4 de enero de 2022, ya no le fue entregada la dosis correspondiente a dicho mes.

Finalmente adujo que depende económicamente de sus padres, y se encuentra actualmente dedicada a sus estudios por lo que no le es posible acceder a un trabajo y cotizar al sistema de salud, considerando además que se encuentra en medio de un tratamiento médico que no puede ser suspendido.

1.3. Trámite de instancia

Mediante auto del 21 de enero de 2022 se admitió la acción de tutela, se ordenó la notificación a la accionada, se negó la medida provisional solicitada, se dispuso la vinculación de la UNIVERSIDAD DE CALDAS, SECRETARÍA DE PLANEACIÓN DE MANIZALES, SECRETARÍA DE SALUD DE MANIZALES, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, OFICINA DEL SISBÉN DEL MUNICIPIO DE MANIZALES, OFICINA DEL SISBÉN NIVEL NACIONAL y la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, y se realizaron los demás ordenamientos.

Por auto del 1 de febrero de 2022, se dispuso la vinculación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, FIDUCIARIA LA PREVISORA.

1.4. Posición de la entidad accionada

La SECRETARÍA DE SALUD DE MANIZALES dio respuesta a la tutela, e indicó que los hechos expuestos por la accionante no le constan a esa dependencia, y lo solicitado no es del área de su competencia, y aunado a ello no ha vulnerado a la señora ÁNGELA MARCELA ningún derecho fundamenta. Por lo anterior solicita ser exonerada de toda responsabilidad.

La DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS contestó la acción de amparo en el sentido que el objeto de la tutela escapa la órbita de su competencia y no ha vulnerado los derechos fundamentales de la demandante, por lo que solicita ser absuelta de responsabilidad.

La UNIVERSIDAD DE CALDAS atendió el requerimiento del Despacho, e informó al despacho que la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ es estudiante activa del Programa de Medicina, adscrita a la Facultad de Ciencias para la Salud de esa institución educativa, y se encuentra matriculada para el segundo momento del año 2021 para el undécimo semestre y que la inscripción de Actividades Académicas para el primer semestre del año 2022 será entre el 24 de enero y el 3

de febrero del año aval. Solicita ser desvinculada del trámite, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda van dirigidas a COSMITET LTDA Y PROINSALUD S.A PASTO.

COSMITET LTDA contestó la acción de tutela, e indicó que la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ en la actualidad registra su estado de afiliación como RETIRADO en el FOMAG, desde el 1 de enero de 2022, fecha en la cual fueron notificados de la novedad de retiro por parte de FIDUCIARIA LA PREVISORA.

Indicó que esa entidad no es la llamada a responder a las pretensiones, pues la afiliación o desafiliación de cotizantes o beneficiarios del régimen especial de salud para al Magisterio, se encuentra fuera de su órbita de competencia legal, pues se limita a la prestación de servicios de salud a los afiliados pertenecientes al FOMAG, facultad que recae solamente el FIDUPREVISORA quien es su contratante., y si la usuaria figura en estado retirada, no puede hacerle entrega del medicamento solicitado. Por lo anterior, solicita ser absuelta de toda responsabilidad.

EI DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN dio respuesta a la solicitud de amparo, en el sentido que existe falta de legitimación en la causa, en tanto no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud o como institución que tenga a su cargo funciones de inspección y vigilancia, y en ese sentido el objeto de la acción de tutela escapa del ámbito de sus competencias. Indicó que a la fecha la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ no se encuentra reportada en el SISBÈN metodología IV, y si lo considera pertinente, esta deberá solicitar la aplicación de la encuesta del SISBÈN en el municipio donde se encuentre residiendo.

Indicó que ese Departamento NO es un programa social, ni un subsidio, ni una EPS, ni un beneficiario ni es del régimen subsidiado. Solicita se decrete la improcedencia de la acción frente a ese Departamento.

La SECRETARÍA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL DE MANIZALES se pronunció frente a la tutela, e indicó que consultada la base de datos nacional del instrumento de clasificación socioeconómica – Sisbén, se encontró que la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ no está registrada en el DNP. Manifestó que son las personas las que deben acercarse a la entidad territorial donde residan para solicitar aplicación de la encuesta o reencuesta. Expuso que esa dependencia no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, y no es posible endilgarle responsabilidad sobre las supuestas conductas endilgadas en el escrito de tutela, por lo que solicita ser desvinculado del trámite.

1.5. Decisión Objeto de Impugnación

Mediante fallo del día 02 de febrero de la presente anualidad, el Juzgado Doce Civil Municipal de Manizales – Caldas negó por improcedente el amparo

deprecado, al considerar que la desvinculación de la accionante de COSMITET LTDA obedeció al cumplimiento del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, el cual respecto de la composición del núcleo familiar para el acceso a la seguridad social indica que el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido entre otros, por los hijos hasta que cumplan los 25 años de edad que dependerá económicamente del afiliado, y la demandante cuenta con 26 años de edad, frente a lo cual no es relevante que aún se presente dicha dependencia económica, pues además no presenta ninguna situación de incapacidad permanente ni se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, así como tampoco su enfermedades es considerada como ruinosa o catastrófica, según la historia clínica.

Consideró que no puede afirmarse incapacidad económica de la accionante para procurar el suministro del medicamento que requiere de manera particular. En todo caso, para acceder a los servicios de salud debe afiliarse como cotizante al sistema de salud, o de no contar con los recursos, puede proceder de la manera indicada por la SECRETARIA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL DE MANIZALES y solicitar la encuesta socioeconómica del SISBÉN para posteriormente ser afiliada el régimen subsidiado de cumplir con los requisitos.

Finalmente refirió que la acción de tutela es subsidiaria, y al no evidenciarse una actitud diligente de la accionante para regularizar su situación de vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de los mecanismos legales con los que cuenta, no puede ser ello subsanado a través de la acción de tutela.

1.6. Impugnación.

Dentro del término legal y luego de recibir la correspondiente notificación, la accionante señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ impugnó el fallo e indicó que la Juez de Primera Instancia no efectuó el ejercicio de ponderación previsto por la Corte Constitucional para la protección de sus derechos fundamentales, ni tuvo en cuenta que por sus estudios no tiene tiempo para trabajar y devengar lo necesario para procurar su afiliación al sistema de salud.

Afirmó que además del diagnóstico de ACNÉ VULGAR, padece de TRASTORNO OBSESIVO COMPULSIVO, DEPRESIÓN Y TRASTORNO DEL SUEÑO, lo cual evidencia la urgencia con la cual requiere ser afiliada al sistema de salud. Además, por ser estudiante de medicina está en rotación en diferentes clínicas y hospitales, por lo cual se encuentra expuesta a adquirir enfermedades como el COVID-19.

Solicita se tenga en cuenta su situación económica y la de su núcleo familiar, pues su padre a pesar de ser docente y pertenecer al Magisterio, ello no lo hace un hombre adinerado además tiene hermanos que dependen económicamente él, y también acotó que el pronunciamiento solicitado lo remitió al Despacho el día

Domingo, pues no tenía conocimiento que únicamente se recepcionaban documentos en horario laboral.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar acceder a sus pretensiones.

Se decide el recurso previas las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

En esta instancia debe el Despacho determinar si por parte las accionadas se vulneraron los derechos fundamentales de la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ al ser desvinculada de COSMITET LTDA, y si dicha conducta desconoció su derecho a la continuidad en el servicio.

2.2. Antecedente jurisprudencial y normativo

Sobre el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud la Corte Constitucional ha dispuesto¹:

5. El artículo 49 de la Carta Política y la jurisprudencia de esta Corporación consideran la salud como derecho fundamental autónomo² y como un servicio público. Así mismo, este derecho se encuentra reconocido en los artículos 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 10 del Protocolo de San Salvador y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³

Así pues, dado el carácter fundamental del derecho a la salud, la Ley 1751 de 2015, “impuso al Estado el cumplimiento de deberes de respeto, protección y garantía. Esta Corporación, por su parte, ha precisado que dichos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas. Las primeras implican, entre otras, que el Estado debe sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como adoptar medidas para proteger a los grupos vulnerables o marginados. En virtud de las segundas se imponen a los actores del sistema de salud el deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud.”⁴

El principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud garantiza, en los términos del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, que “Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. En términos similares, el literal d) del segundo apartado del

¹ Sentencia T 152-2019 M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

² Sentencia T-760 de 2008.

³ Con relación a esta disposición, en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, se afirma que, “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”.

⁴ Sentencia 380 de 2017.

artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 dispone que, en virtud de este principio, “Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”.

Jurisprudencialmente,⁵ se ha establecido que la continuidad en la prestación del servicio de salud supone, de un lado, la prohibición de suspender el tratamiento invocando cuestiones administrativas, contractuales o económicas y, de otro, la obligación dirigida a la EPS de continuar el tratamiento médico hasta su culminación, cuando el mismo fuere iniciado. En todo caso, cabe precisar que “las decisiones de las EPS de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados.”⁶

Adicionalmente, la Corte ha fijado unos criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.⁷

En consonancia con lo anterior, esta Corporación en Sentencia T- 067 de 2015 indicó que “la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua y los usuarios del sistema de salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos.”

El artículo 83 de la Constitución Política contempla los principios de buena fe y confianza legítima al disponer que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Tal postulado garantiza que el tratamiento que se inicie a los pacientes no se va a suspender y se brinde hasta “la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan el riesgo los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad.”⁸

En este orden de ideas, corresponde entonces al Estado evitar situaciones que atenten contra los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios de salud, más aún si se trata de pacientes con enfermedades catastróficas, como acontece en el presente caso.

Ahora, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para negar la continuidad en la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son:

“i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los

⁵ Se hace referencia a la Sentencia T- 899 de 2014, igualmente, confrontar, entre otras la sentencia T-1000 de 2006.

⁶ Sentencia 067 de 2015.

⁷ Ver sentencia T-1198 de 2003, cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-164 de 2009; T-479 de 2012 y T-505 de 2012, entre otras.

⁸ Ver Sentencias T-214 de 2013 y T-124 de 2016.

requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”⁹

*Por otra parte, el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002 consagró detalladamente el procedimiento que debe seguir la EPS para realizar la desafiliación de un usuario ya sea que ostente la condición de cotizante o beneficiario; en todo caso, deberán las EPS garantizar a sus usuarios el **debido proceso en la desafiliación**, esto es, garantizando su derecho de contradicción y defensa.*

En cuanto al régimen especial de Seguridad Social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso el Alto Tribunal Constitucional en reciente jurisprudencia¹⁰:

“La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante el FOMAG, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística y sin personería jurídica. En dicha ley se estableció que sus recursos serían administrados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en virtud de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil celebrado con el Gobierno Nacional; función que le ha correspondido a la Fiduprevisora S.A, quien está encargada de contratar los servicios de varias IPS en todos los departamentos del país.”¹¹

En el artículo 4 de la referida normatividad, se consagró como función del FOMAG atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de su promulgación.¹²

Adicionalmente, la referida ley previó la existencia de un Consejo Directivo del Fondo, el cual tiene a cargo las siguientes funciones: “(i) Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (ii) Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo. (iii) Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. (iv) Determinar la

⁹ Ver Sentencia T-170 de 2002, cuya posición ha sido reiterada en las sentencias C-800 de 2003; T-140 de 2011; T-281 de 2011; T-479 de 2012; T-531 de 2012 y T- 124 de 2016.

¹⁰ Sentencia T 003 de 2019. M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

¹¹ Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”:

“Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

¹² Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”:

“Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.”

destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos. (v) Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación. (vi) Las demás que determine el Gobierno Nacional.”¹³

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 determinó las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha norma, dentro de las cuales se encuentran: (i) los miembros de las Fuerzas Militares; (ii) los miembros de la Policía Nacional; (iii) el personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990; (iv) los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas; (v) los trabajadores de las empresas que, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, en el que se haya pactado sistemas o procedimientos especiales; (vi) los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y sus pensionados; y (vii) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio.¹⁴ Respecto de los últimos, señaló que se les mantendría su régimen especial de seguridad social, el cual debe ser respetado.¹⁵

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a tratarse de un régimen especial que tiene la facultad de establecer autónomamente los servicios con los cuales serán beneficiados sus afiliados, “no los hace ajenos a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”¹⁶.

2.2.1. Ahora bien, cabe hacer la precisión referente a que el régimen especial de salud del Magisterio tiene un Plan Integral y la prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de entidades de salud que son sometidas a un proceso de selección, cuyos lineamientos son establecidos por el Consejo Directivo del Fondo, y la contratación deberá ser adelantada por cada región.¹⁷ La atención y servicios de salud prestados deberán sujetarse a: (i) las políticas corporativas de la Fiduprevisora S.A.; (ii) las orientaciones del Ministerio de Educación Nacional, acorde con el contrato de fiducia suscrito con dicha entidad; (iii) la política sectorial para prestadores de servicios de salud; (iv) los pliegos de condiciones o documento de selección definitiva y sus anexos; y (v) los

¹³ Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 7.

¹⁴ Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras”: “Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a (...) se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”.

¹⁵ Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Considerando.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-248 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 1 numeral 4: “Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales: (...) Selección De Contratistas. El Consejo Directivo acordó que en cada región habrá más de un prestador de servicios, salvo que sólo se presente un proponente o los que se presenten no alcancen los requisitos mínimos. En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población; estos criterios serán definidos en una próxima sesión. La selección se realizará mediante el procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993. En el proceso de selección se deberá aplicar el procedimiento establecido en la legislación vigente respecto de la recomendación de las entidades con las que se contratará por parte de los Comités Regionales y del Consejo Directivo.”

contratos suscritos con las Uniones Temporales adjudicatarias de las invitaciones públicas.¹⁸

Uno de los lineamientos del plan integral de salud de este régimen de excepción es ofrecer una atención o tratamiento de todo tipo de patologías sin restricción, tanto a los afiliados como a los beneficiarios. En ese mismo sentido, han establecido que la atención integral de todas las patologías de alto costo o catastróficas (como el cáncer, el VIH, la insuficiencia renal crónica aguda, patologías cardiovasculares, neurológicas y los trasplantes) no tendrá exclusiones, preexistencias ni períodos mínimos de cotización.¹⁹ Asimismo, se ha establecido como criterio aplicado a los contratos celebrados con los prestadores de los servicios, que “todo aquello que no esté tipificado explícitamente como una exclusión se entenderá cubierto por el Plan de Beneficios del Magisterio, siempre en cumplimiento de lo dispuesto por las normas que rigen al Régimen de Excepción”²⁰.

Sobre los beneficiarios del régimen contributivo de salud, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 163. BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD. <Artículo modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por:

- a) El cónyuge.*
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.*
- c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.*
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.*
- e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) y d) del presente artículo.*
- f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.*
- g) Las personas identificadas en los literales e), d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos.*
- h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.*
- i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente.*

PARÁGRAFO 1o. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su subsistencia. En el caso de los hijos entre los 18 y 25 años se presumirá su incapacidad económica sino se encuentran cotizando directamente como dependientes o independientes.

PARÁGRAFO 2o. Con el fin de garantizar la debida identificación de los recién nacidos, la Superintendencia de Notariado y Registro y las notarías implementarán medidas que permitan la expedición del registro civil de nacimiento en la institución prestadora de servicios de salud, (IPS) que atienda el parto.

La Registraduría Nacional del Estado Civil, la Superintendencia de Notariado y Registro y las notarías suministrarán la información y las bases de datos que administren, con la oportunidad que las requieran el Ministerio de Salud y Protección Social para su procesamiento e integración con el Sistema de información del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁸ Fiduprevisora S.A., Manual del Usuario 2017-2021, Principios Fundamentales, pg. 3.

¹⁹ Fiduprevisora S.A., Cartilla: Modelo Mejorado de Salud para el Magisterio, pg.17.

²⁰ Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 1.

Por su parte, el Decreto 806 de 1998²¹ en su artículo 25, se refiere a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, indicando que son afiliados al Sistema todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado, y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el Decreto.

Adicionalmente, el artículo 34 *ibídem* señala que son beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante, el cual está constituido por:

- a) *El cónyuge;*
- b) *A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;*
- c) *Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;*
- d) *Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;*
- e) *Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;*
- f) *Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;*
- g) *A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.*

2.3. Caso concreto

En el presente asunto, se encuentra demostrado que la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ se encontraba afiliada ante COSMITET LTDA en calidad de beneficiaria de su padre hasta el día 4 de enero de 2022, fecha en la cual se realizó su retiro por el hecho de ser mayor de 25 años de edad.

Ante este panorama, pretende la demandante que se ordene a COSMITET LTDA que proceda nuevamente con su afiliación en salud, y que le haga entrega efectiva del medicamento denominado ISOTRETINOINA 20 MG, que le fue formulado por el médico dermatólogo como tratamiento para el diagnóstico de ACNÉ VULGAR.

Por su parte COSMITET LTDA informó al Despacho en su respuesta que no tiene alcance para el aseguramiento de los docentes y beneficiarios del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, facultad que se encuentra en cabeza de FIDUCIARIA LA PREVISORA, de la cual recibe mensualmente la base de datos de la población asegurada en aquel fondo, teniendo en ese sentido la función de afiliar o desafiliar a la misma Fiduciaria. Acorde con ello, indicó que la accionante figura en estado de afiliación RETIRADO

²¹ Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

en el FOMAG desde el 4 de enero de 2022, fecha en la cual fueron notificados de la novedad de retiro por FIDUPREVISORA.

Expuesto lo precedente, conviene citar lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que en lo pertinente reza sobre la composición del núcleo familiar del afiliado cotizante: **ARTÍCULO 163. BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD.** <Artículo modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> *El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por: (...) c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado. (...)*”

De esta manera, de entrada no advierte el Despacho un actuar caprichoso o antojadizo de las entidades parte en este trámite, y que la decisión de retirar a la accionante de su afiliación a COSMITET LTDA tiene sustento legal, pues del expediente se colige que ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ actualmente cuenta con 26 años de edad, y si bien aduce que aun depende económicamente de su padre, ello por si solo no es óbice para continuar con la afiliación, pues la norma en cita permite que los hijos de los afiliados de cualquier edad deban continuar afiliados, solo si tienen incapacidad permanente, situación que no es la de la accionante.

Ahora bien, de la historia clínica aportada por la accionante se desprende que presenta el diagnóstico de ACNÉ VULGAR y que el mismo viene siendo tratado con el medicamento ISOTRETINOINA DE 20 MG. Asimismo, se lee en dicho documento que, tal y como lo expuso la actora en su escrito de impugnación, además padece de TRASTORNO OBSESIVO COMPULSIVO, DEPRESIÓN, TRASTORNO DEL SUEÑO.

En este punto conviene anotar que la Corte Constitucional²² ha dispuesto jurisprudencialmente que la continuidad en la prestación de servicios de salud contempla la prohibición de suspender el tratamiento invocando cuestiones administrativas, contractuales y económicas, y asimismo abarca la obligación en cabezas de las EPS de continuar con el tratamiento médico hasta su culminación, cuando el mismo haya sido iniciado y que en todo caso *“las decisiones de las EPS de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de manera unilateral y caprichosa, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados”*²³. En similar sentido, en sentencia T- 067 de 2015 indicó que *“la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua y los usuarios del sistema de salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos.”*

²² Sentencia T 152-2019 M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

²³ Sentencia 067 de 2015.

Ahora bien, el artículo 83 de la Constitución Política consagra los principios de la Buena Fe y Confianza Legítima, en virtud del cual se garantiza que el tratamiento que se inicie a los pacientes no se va a suspender y se brindará hasta su recuperación o estabilización, sin ninguna clase de interrupciones que pongan en riesgo sus derechos fundamentales como a la salud. Corolario de lo anterior, continúa el Alto Tribunal Constitucional exponiendo que se deben evitar conductas activas u omisivas que vulneren las garantías fundamentales de los usuarios de los servicios de salud.

Ahora, la Corte ha establecido una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para negar la continuidad en la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son²⁴:

“i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”²⁵

Por otra parte, el artículo 11 del Decreto 1703 de 2002 consagró detalladamente el procedimiento que debe seguir la EPS para realizar la desafiliación de un usuario ya sea que ostente la condición de cotizante o beneficiario; en todo caso, deberán las EPS garantizar a sus usuarios el debido proceso en la desafiliación, esto es, garantizando su derecho de contradicción y defensa.

Así, concluye la Corte que siempre que una EPS proceda a desafiliar usuarios, deberá verificar si tiene en curso un tratamiento médico, en tanto y cuanto, *“es su deber garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio y en los tratamientos médicos. Además, si el usuario perdió la calidad que lo hacía beneficiario debe acompañarlo y brindar asesoría al usuario hasta que logre vincularse nuevamente al Sistema de Seguridad Social en Salud contributivo o subsidiado.”²⁶*

De lo precedente, y descendiendo nuevamente al asunto puesto en consideración, encuentra el Despacho que si bien es cierto que la accionante señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ contaba a la fecha de desvinculación de COSMITET LTDA con 26 años de edad, lo que en principio hace su desafiliación ajustado al ordenamiento jurídico, no es menos cierto que aquella viene recibiendo un tratamiento de salud que a las luces de la jurisprudencia constitucional citada, impide que la misma sea desafiliada con base en el principio de la continuidad del servicio. Con todo, si bien el Alto Tribunal Constitucional hace hincapié en la

²⁴ Sentencia T 152-2019 M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

²⁵ Ver Sentencia T-170 de 2002, cuya posición ha sido reiterada en las sentencias C-800 de 2003; T-140 de 2011; T-281 de 2011; T-479 de 2012; T-531 de 2012 y T- 124 de 2016.

²⁶ Sobre la garantía del debido proceso para desafiliaciones por parte de las EPS, ver sentencias T-035 de 2010; T-185 de 2010 y T-214 de 2013, entre otras.

relevancia de la no interrupción de los tratamientos médicos cuando se trata de las enfermedades ruinosas o catastróficas, ello no significa que los tratamientos sobre otros diagnósticos puedan ser suspendidos, y menos cuando no se demostró en este caso el debido proceso para la desvinculación, así como se probó haber brindado asesoría a la usuaria para la nueva vinculación al sistema, y finalmente tampoco se evidencia que se hayan desplegado las acciones necesarias para garantizarle la continuidad en la prestación del servicio de salud.

De esta manera, se evidencia que dada la situación de la accionante y para conjurar la afectación de su derecho a la salud, esta tiene derecho a que COSMITET LTDA le siga garantizando en el régimen exceptuado, la atención en salud que requiere, hasta tanto exista certeza del traslado efectivo al régimen contributivo o subsidiado, así pues, deberá COSMITET LTDA, asegurar la continuidad en el servicio de salud y el tratamiento que requiera para tratar las patologías que actualmente presenta.

De cara a lo anterior, consideró el Despacho pertinente consultar en la página de internet del Departamento Nacional de Planeación la base de datos certificada que permite saber si una persona pertenece al régimen subsidiado,²⁷ así como el puntaje obtenido, estado y el municipio y departamento. Al ingresar el número de cédula que aparece en el expediente de tutela, se obtuvo como resultado lo siguiente:



Ante este panorama, deberá la accionante bien iniciar los trámites para su vinculación al SGSSS en el régimen contributivo, o adelantar ante el Departamento Nacional de Planeación las actuaciones necesarias para que se le realice la encuesta del SISBÉN y así se determine si resulta procedente afiliarla al régimen subsidiado.

2.4. Conclusión

²⁷ consulta realizada el 14 de marzo de 2022.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia proferido el día 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Manizales – Caldas, dentro de la acción de tutela adelantada por la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ contra COSMITET LTDA y PROINSALUD S.A PASTO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales “a la salud y a la seguridad social”.

Como consecuencia de lo anterior, se tutelaré el derecho a la salud y a la seguridad social de la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ, y en consecuencia se ordenará a COSMITET LTDA y a la PREVISORA FUDUPREVISORA que cada una dentro de sus competencias, dentro de las cuarenta y ocho horas (48 hr) siguientes a la notificación de este fallo, proceda a afiliarla en salud ante COSMITET LTDA y hasta tanto exista certeza del traslado efectivo al régimen contributivo o subsidiado, así pues, deberá dicha entidad, garantizar la continuidad en el servicio de salud y el tratamiento que requiera para tratar las patologías que actualmente presenta.

Para lo anterior, deberá la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ, dentro del término de un (1) mes siguiente a la notificación de este fallo de tutela, bien iniciar los trámites para su vinculación al SGSSS en el régimen contributivo, o adelantar ante la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL DE MANIZALES las actuaciones necesarias para que se le realice la encuesta del SISBÉN, mediante el procedimiento bien detallado por esta dependencia en la respuesta allegada al trámite, y así se determinar si resulta procedente afiliarla al régimen subsidiado.

De esta manera, se advertirá: 1. Que si la accionante no realiza una de las actuaciones descritas anteriormente dentro del tiempo otorgado, cesará la obligación de FIDUCIARIA LA PREVISORA Y COSMITET LTDA de mantenerla afiliada a esta última, 2. Que si la accionante cumple con el adelantamiento de dichas actuaciones, la afiliación ante COSMITET LTDA debe mantenerse vigente hasta tanto se materialice el traslado al régimen contributivo o subsidiado.

Finalmente se ordenará a COSMITET LTDA que dentro del mismo término concedido, deberá autorizar en hacer entrega efectiva a la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ del medicamento denominado ISOTRETINOINA DE 20 MG, en las cantidades y con las especificaciones dadas por el médico tratante.

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

3. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el día 2 de

febrero de 2022 por el Juzgado Doce Civil Municipal de Manizales – Caldas, dentro de la acción de tutela adelantada por la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ contra COSMITET LTDA y PROINSALUD S.A PASTO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales “a la salud y a la seguridad social”.

SEGUNDO: En su lugar, **TUTELAR** el derecho a la salud y a la seguridad social de la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ.

TERCERO: ORDENAR a COSMITET LTDA y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA que dentro de las cuarenta y ocho horas (48 hr) siguientes a la notificación de este fallo, y cada una dentro de sus competencias realicen todos los trámites administrativos necesarios y afilien nuevamente a la señora ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ en salud ante COSMITET LTDA y hasta tanto exista certeza de su traslado efectivo al régimen contributivo o subsidiado, así pues, deberá dicha entidad, garantizar la continuidad en el servicio de salud y el tratamiento que requiera para tratar las patologías que actualmente presenta.

PARÁGRAFO 1. ADVERTIR a la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ que deberá dentro del término de un (1) mes siguiente a la notificación de este fallo de tutela, bien iniciar los trámites para su vinculación al SGSSS en el régimen contributivo, o adelantar ante la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL DE MANIZALES las actuaciones necesarias para que se le realice la encuesta del SISBÉN, mediante el procedimiento bien detallado por esta dependencia en la respuesta allegada al trámite, y así se determinar si resulta procedente afiliarla al régimen subsidiado.

PARÁGRAFO 2. ADVERTIR: 1. Que si la accionante no realiza una de las actuaciones descritas anteriormente dentro del tiempo otorgado, cesará la obligación de FIDUCIARIA LA PREVISORA Y COSMITET LTDA de mantenerla afiliada a esta última, **2.** Que si la accionante cumple con el adelantamiento de dichas actuaciones, la afiliación ante COSMITET LTDA debe mantenerse vigente hasta tanto se materialice el traslado al régimen contributivo o subsidiado.

CUARTO: ORDENAR A COSMITET LTDA que dentro del mismo término concedido en el ordinal anterior (48 horas), deberá autorizar en hacer entrega efectiva a la accionante ÁNGELA MARCELA BURBANO DÍAZ del medicamento denominado ISOTRETINOINA DE 20 MG, en las cantidades y con las especificaciones dadas por el médico tratante.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito y eficaz.

SEXTO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional por la Secretaría del Despacho, para su eventual revisión.

SÉPTIMO: HACER saber al Juzgado de primera instancia esta decisión para los efectos legales a que hubiere lugar, a través de oficio, en el cual se insertará la parte resolutive de este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO ZULUAGA GIRALDO
JUEZ**

Firmado Por:

**Guillermo Zuluaga Giraldo
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 006
Manizales - Caldas**

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: **1567dc0ab4eb355dd30d7fab9704cae91d47fd9df063bd8e118914ad73bd9867**

Documento generado en 14/03/2022 04:07:02 PM

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