

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, septiembre siete (07) de dos mil veinte (2020)

10:00 a.m.

En escrito repartido a este Juzgado la señora **FERMINA MORALES HERNÁNDEZ**, interpuso acción de tutela contra el **FOMAG-FIDUPREVISORA S.A., LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BARRANCABERMEJA y AVANZAR MEDICO**, tramite al que se dispuso la vinculación de la **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANCABERMEJA, al CONSORCIO UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, conformado por la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER FOSCAL y LA CLÍNICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA (CUB).**

I. ANTECEDENTES:

Pretende la accionante, se tutelen sus derechos fundamentales de petición, dignidad humana, derechos fundamentales de los niños, salud y seguridad social a fin de que se ordene a las accionadas dar respuesta de fondo al derecho de petición incoado el 31 de julio de 2020, mediante el cual solicito la reactivación de manera inmediata de mis servicios médicos, y que la activen de manera inmediata a los servicios médicos prestados por AVANZAR MÉDICO.

En respaldo de sus pretensiones, refiere que prestó sus servicios como docente por más de 3 años en la ciudad de Barrancabermeja, que obtuvo la pensión de invalidez el 09 de julio del 2020 mediante Resolución 0671 expedida por la Secretaria de Educación Distrital de Barrancabermeja.

Refiere que actualmente debe recibir tratamiento médico con especialistas debido a los diagnósticos que padece, como psiquiatría, otorrinolaringología, fonoaudiología, fisiatría, ginecología, dermatología, gastroenterología, entre otros; narra que su núcleo familiar está compuesto por su conyugue Alexander Misas Agudelo, y sus hijos menores de edad, Santiago, David, y Alexander Misas Morales, quienes dependen de los servicios de salud de Avanzar Medico, empero a la fecha de radicación de la acción constitucional se encontraban sin activación, dado que no había sido activada en el sistema de seguridad social en salud.

Cuenta que al percatarse de la negación de los servicios de salud de ella y su núcleo familiar pues se encontraba retirada por parte de la FIDUPREVISORA de los servicios de salud, decidió presentar derecho de petición el 31 de julio del 2020, sin obtener la correspondiente respuesta. Afirma que su estado de salud es deplorable, requiere atención médica especializada y la FIDUPREVISORA le está descontando el 12% de su pensión para sus aportes a la seguridad social, encontrándose suspendida en los servicios, y uno de sus hijos se encontraba presentando sintomatología del virus del COVID-19, lo cual los ponía en grave riesgo, dado que no contaban con los servicios de salud requeridos.

II. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, contesto que no ha transgredido derecho fundamental alguno a la accionante, toda vez que dentro de las competencias otorgadas por la Ley, no se encuentra efectuar activación o prestación de sus servicios médicos, y tampoco está a su alcance dar respuesta al derecho de petición presentado por la accionante, por lo que solicitan sea excluida de toda responsabilidad frente a la acción de tutela.

LA UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, manifestó que la atención en salud de los docentes y su grupo familiar, afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, se encuentran excluida de la aplicación de la ley 100 de 1993 por disposición expresa de su artículo 279, por lo que la prestación de los servicios médico-asistenciales es un objetivo del precitado Fondo, de conformidad con lo establecido en el artículo 5, numeral 2) de la ley 91 de 1989. Que a partir del primero de 1 de marzo de 2018 U.T. RED INTEGRADA FOSCAL –CUB, es una UNION TEMPORAL de instituciones prestadoras de servicios de salud (I.P.S.). y suministra e atención médica de bajo, mediano y alto nivel de complejidad ambulatoria en el departamento de SANTANDER y ARAUCA, por intermedio de la I.P.S. FUNDACIÓN AVANZAR FOS, afirma que la señora FERMINA MORALES HERNÁNDEZ fue suspendida de la base de datos de usuarios de la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB Y FUNDACIÓN AVANZAR FOS teniendo en cuenta la base de datos suministrada por FIDUPREVISORA SA, requiriendo que se dispusiera a la FIDUPREVISORA SA dar cumplimiento a la medida provisional ordenada por su despacho pues solo de dicha entidad depende la gestión y manejo de base de datos.

LA CLINICA URGENCIAS BUCARAMANGA, dijo que sí bien es cierto hace parte de la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB, la atención primaria de los pacientes está a cargo de la Fundación Avanzar FOS, por lo tanto se sugiere requerir en primer lugar a la entidad anteriormente mencionada, es importante aclarar que la Clínica CUB S.A.S. no tiene injerencia en el desarrollo de las actividades y/o trámites que deban realizar ante la Aseguradora los pacientes y/o familiares, para que ésta garantice el cumplimiento de órdenes médicas o la generación de las mismas con la finalidad del manejo de su patología en cuanto a consultas, materiales, terapias, medicamentos, planes de atención domiciliaria, procedimientos

quirúrgicos, equipos e insumos especiales requeridos para el desarrollo de los mismos, reembolsos de servicios, gastos de transporte y manutención.

LA SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANCABERMEJA, informo que el día 31 de agosto de los cursantes en horas de la mañana procedió a tener contacto vía telefónica con la accionante MORALES HERNANDEZ al abonado telefónico numero 3164486729 indicándole el contexto desde la competencia de esa institución en relación a la tutela interpuesta, acto seguido dice que la accionante reitero que ella y su menor hijo de nombre ALEXANDER MISAS MORALES de 5 años de edad son quienes están presentando síntomas relacionados con el virus COVID-19; en consecuencia se solicitó a la accionante ampliar los datos de identificación y ubicación con el fin de proceder a realizar la toma de muestras a través del equipo epidemiológico de la Secretaria Distrital de Salud de Barrancabermeja, la cual se realizó el día 1 de septiembre de los cursantes, informando tal situación vía telefónica a la señora FERMINA MORALES. Razón por la que solicitan sean desvinculadas del presente trámite constitucional.

LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a su turno dijo que son una sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del sector descentralizado del orden nacional, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado y en consecuencia no tiene competencia para expedir Actos Administrativos. Que en lo referente a la solicitud hecha por la accionante y que originó la acción de tutela, dice que luego de revisar el aplicativo Hosvital en donde se registran las afiliaciones en SALUD de los docentes vinculados al Magisterio se evidencia que la accionante se encuentra CON ESTADO ACTIVO en el régimen de excepción del Magisterio, concluyendo que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que pueda concluir con la supuesta afectación del derecho fundamental de petición en relación con Fiduprevisora S.A., entidad que para los efectos actúa en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación de la accionante resulta evidente frente a los derechos que se dice vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-

2. Por ser considerado un servicio público, es inherente a la finalidad social del Estado el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional -Art. 365 de la C.N.-

3. Bien, la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicio público, se presta bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, directamente por el estado, o por entidades privadas, sobre las cuales ejercerá vigilancia y control, debiendo garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, Art. 49 C.N.

3.1. Sobre el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T 410 de 2010, ha dicho que:

“Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios [de salud] que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad”. (subrayado fuera de texto.)

Así mismo, ha señalado La Corte Constitucional que “se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo” En tal sentido, en la Sentencia T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) se sostuvo: “En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.”

3.2. La Corte Constitucional, ha reiterado que se vulnera el derecho fundamental a la salud de las personas, cuando se les niega un medicamento o procedimiento excluido del PBS, que se requiere con necesidad, dado que las personas tienen derecho a que se les garantice el acceso seguro a todos los servicios en salud por parte de las entidades que fueron creadas para tal fin, junto con los planes obligatorios que éstas presenten a sus afiliados o beneficiarios.

4. Los servicios de salud incluidos, ò no en el PBS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así, de la condición de fundamentabilidad del derecho a la salud, se deriva qué, las personas tienen derecho a que se les preste de forma integral los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios puede hacer parte, o no del PBS.

Así, con relación a los servicios no incluidos dentro del citado esquema, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha depurado los criterios de acceso a los mismos y ha dicho: “Respecto de los servicios no incluidos dentro del PBS, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes reglas de interpretación aplicables para conceder en sede judicial la autorización de un servicio no incluido en el PBS:“(i) **la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;** (ii) **el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;** (iii) **con necesidad el interesado no puede directamente costearlo,** ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) **el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio** a quien está solicitándolo”¹ (subrayado y negrilla fuera de texto original).

Siguiendo el procedimiento dispuesto en sentencia T-760 del 2008:

“Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la E.P.S.: En especial, toda persona tiene derecho a que su E.P.S. autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante. Una E.P.S. irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio con base en el argumento de que el paciente no le ha presentado la solicitud al C.T.C. El médico tratante tiene la carga de iniciar el correspondiente trámite”. Procedimiento anterior que hoy recibe el nombre de MIPRES.

5. En este asunto del relato de la fundamentación fáctica y pretensiones de la acción de tutela, se extrae que la pretensión principal de la actora era lograr la activación de ella y su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud que administra la FIDUPREVISORA S.A. y presta a través de la FUNDACION ANVANZAR FOS, a fin de continuar recibiendo la atención medica que requiere por las patologías que presenta y superar también la contingencia de posible infección por el nuevo coronavirus COVID-19 que decía podrían presentar uno de sus menores hijos, nucleó familiar que está compuesto por tres menores de edad, sujetos de especial protección constitucional y de interés superior para el operador judicial constitucional. De quienes la Honorable Corte Constitucional en sentencia T 177 de 2017, y en relación al caso que nos ocupa dijo que:

*“Se tiene que: “(i) el derecho a la salud tiene la naturaleza de ser un derecho fundamental autónomo; (ii) ese derecho se torna más riguroso cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos que les asiste a aquellos; (iii) que diferentes instrumentos internacionales reconocen la fundamentalidad del derecho a la salud frente a menores de edad; y, (iv) **que la no inclusión en calidad de afiliado, de vinculado o de beneficiario de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen general o regímenes especiales), contando con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en el servicio, constituye en sí misma una vulneración no solo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud** y que en ese sentido se torna procedente el amparo constitucional”. (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

¹ Sentencia T-032 de 2018.

Sobre los derechos en salud de los profesores y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como es el caso de la aquí accionante, en la misma sentencia constitucional antes referida, se expuso que:

“...En consonancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social se compone, además, de unos regímenes de carácter especial, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general. Dentro de las excepciones, figura el régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se rige por sus propios estatutos.

En aras de desarrollar el régimen en mención, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial. Entre sus objetivos se encuentra garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Así, los artículos 3 y 5 de dicha normativa señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, 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 Fiduciaria La Previsora S.A...”

6. En esa vía, es necesario traer a colación lo informado en la constancia secretarial signada por el escribiente del Juzgado en archivo digital pdf, en la que se relata la información suministrada por la accionante, como es que para la fecha del 03 de septiembre de los corrientes ya la FUNDACION AVANZAR FOS le estaba prestando los servicios médicos que requería por la infección por Covid-19 que presentaba ella y su menor hijo Alexander, encontrándose activa en los servicios médicos que presta la referida I.P.S., con lo cual se confirma lo informado por la FUDICIARIA LA FIDUPREVISORA, en su respuesta a la acción constitucional.

Así las cosas, de las pruebas obrantes para la hora de ahora es dable inferir que en el presente asunto se avizora un hecho superado, pues el acervo probatorio demuestra que la Fiduciaria la Fiduprevisora S.A. ya procedió con la Activación de los Servicios Médicos de la accionante y su núcleo familiar a los servicios de salud que son prestados a través de la FUNDACION MEDICA AVANZAR FOS, pues así lo ha informado la misma accionante.

No obstante ello, y pese que en verdad la activación de los servicios médicos ya se efectuó, se exhortara a la FUDICIARIA LA PREVISORA S.A. y FOMAG para que se mantenga la activación de la actora y un núcleo familiar en los servicios médicos tantas veces mencionado, ello en aras de garantizar los derechos a la salud y seguridad social de la actora y sus menores hijos, a fin de procurar por la salvaguarda de los sus derechos fundamentales.

7. En lo referente al amparo del derecho de petición y la pretensión de ordenar la respuesta a la solicitud del 31 de julio del 2020, dicha exigencia será denegada dado que con el material probatorio adjunto a la acción constitucional por lado alguno se adjuntó dicha petitoria en aras de verificar y corroborar la

radicación del mismo ante la entidad accionada y así poder previo el análisis correspondiente ordenar su contestación, si a ello hubiere lugar.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR, la acción de tutela interpuesta por **FERMINA MORALES HERNANDEZ**, contra el **FOMAG-FIDUPREVISORA S.A., LA SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BARRANCABERMEJA y AVANZAR MEDICO**, por lo expuesto en la parte motiva, y en consecuencia **DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO**, en lo concerniente a la afiliación al sistema de seguridad social en salud para docentes y pensionados afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: EXHORTAR a la **FUDICIARIA LA PREVISORA S.A. - FOMAG** para que se mantenga la activación de la actora **FERMINA MORALES HERNANDEZ** y un núcleo familiar en los servicios médicos tantas veces mencionado, ello en aras de garantizar los derechos a la salud y seguridad social de la actora y sus menores hijos, a fin de procurar por la salvaguarda de los sus derechos fundamentales.

TERCERO: Negar, la pretensión relacionada con el amparo del derecho fundamental de petición, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: DESVINCULAR de la acción a la **SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANCABERMEJA, al CONSORCIO UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, conformado por la FUNDACION OFTALMOLOGICA DE SANTANDER FOSCAL y LA CLINICA DE URGENCIAS DE BUCARAMANGA (CUB).**

QUINTO: NOTIFÍQUESE el presente fallo por el medio más expedito. Si no fuere impugnada esta decisión, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CESAR TULIO MARTINEZ CENTENO
JUEZ