



Floridablanca, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

TUTELA

RADICADO: 2020-00063
ACCIONANTE: HERMES MARTÍNEZ
ACCIONADOS: FIDUPREVISORA S.A., FUNDACIÓN AVANZAR FOS - y
otros -
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

A S U N T O

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por el señor HERMES MARTÍNEZ contra la FUNDACIÓN AVANZAR FOS, FISUPREVISORA S.A., SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER, trámite al que se vinculó de manera oficiosa al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

A N T E C E D E N T E S

1.- El accionante quien cuenta con 74 años de edad, expuso que se encontraba afiliado al régimen especial de salud del Magisterio a través de la FUNDACIÓN AVANZAR FOS, en calidad de beneficiario de su cónyuge Hercilia Flórez quien falleció el pasado 24 de agosto, razón por la cual inició el trámite de sustitución pensional.

No obstante, pese a su avanzada edad y en razón a que los trámites de sustitución no han culminado las entidades atrás referidas le suspendieron el servicio médico a pesar que padece patologías de alto riesgo, a saber: trasplante renal de donante cadavérico, enfermedad renal crónica, nefropatía, hipertrofia prostática y síndrome convulsivo entre otras, las cuales requieren control y tratamiento para mantener su estado de salud; motivos suficientes para deprecar el amparo de sus derechos y la atención médica correspondiente.

2.- Una vez se avocó conocimiento se vinculó al trámite tutelar a los representantes legales de la FUNDACIÓN AVANZAR FOS, la FIDUPREVISORA S.A., el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, clínica FOSCAL y la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB, quienes manifestaron lo siguiente:

2.1. El Coordinador Regional de la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB señaló que la entidad está conformada por varias instituciones prestadoras de servicios de



salud (IPS) y su función consiste en suministrar la atención médica de bajo, mediano y alto nivel de complejidad ambulatoria en el departamento de Santander y Arauca. En lo que respecta al objeto de la acción constitucional, refirió que – en efecto – desde el 28 de septiembre de 2020 el accionante se encuentra suspendido de la base de datos de usuarios de la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB de acuerdo a lo dispuesto por FUDUPREVISORA S.A., entidad contratante de los servicios.

De otra parte, adujo que la entidad no tiene competencia alguna en el trámite de sustitución pensional que debe adelantar el accionante ante FIDUPREVISORA S.A, pues esa entidad solo tiene a su cargo la prestación de servicios de salud conforme las bases de datos remitidas por la última entidad mencionada; finalmente, explicó que para dar cumplimiento a la medida provisional la misma debería proferirse contra la FIDUPREVISORA S.A., pues de lo contrario no es posible la atención en salud que requiere el accionante.

2.1. La Secretaría de Educación de Santander informó que en efecto el accionante radicó la solicitud de sustitución de pensión de jubilación por el fallecimiento de la docente Hercilia Flórez de Martínez, por lo que trasladó la pretensión ante la FIDUPREVISORA S.A. con el número 1797655 desde el 14 de octubre de 2020. En la actualidad, el estado de la prestación figura pendiente de estudio, lo cual es competencia exclusiva de la FIDUPREVISORA S.A.

En cuanto al trámite posterior, explicó que, una vez reflejado el estado mediante hoja de revisión expedida por la FIDUPREVISORA S.A., la Secretaría de Educación Departamental en el evento que sea aprobada la solicitud, procederá a elaborar, numerar y notificar al solicitante el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución de pensión de jubilación.

Para terminar, recordó que el cumplimiento de lo pretendido por el accionante radica en la FIDUPREVISORA, por lo que pidió la desvinculación del presente trámite constitucional

2.3. A los representantes legales de la FIDUPREVISORA S.A., Clínica FOSCAL, Fundación AVANZAR FOS y, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) se le notificó lo correspondiente, no obstante, decidieron guardar silencio dentro del término legal otorgado.

3.- Con el fin de verificar el cumplimiento o no de la medida provisional decretada dentro del trámite constitucional, se estableció comunicación con la hija del accionante quien informó que hasta la fecha no han sido reactivados los servicios de salud de su padre, incumpliendo así la orden provisional impartida por el Despacho.



CONSIDERACIONES

4.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y célere para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.

5.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 2º del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra la FUNDACIÓN AVANZAR FOS, FIDUPREVISORA S.A. y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER.

6.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que el señor Hermes Martínez, se encuentra legitimado para interponerla en su calidad de presunto perjudicado.

7.- En el presente evento, el **problema jurídico principal** se restringe a determinar si la FUNDACIÓN AVANZAR FOS, la FIDUPREVISORA, la RED INTEGRADA FOSCAL – CUB y, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER vulneraron el derecho a la salud del accionante al suspender tal servicio médico ante el trámite de sustitución de pensión de jubilación que adelanta.

Desde ya se advierte que, la **respuesta al problema** deviene afirmativa, pues la negligencia administrativa no puede anteponerse ante el derecho a la salud del usuario que se ve deteriorada y en grave riesgo, por no continuarse con el tratamiento que requiere para atender las graves patologías que afronta. A lo que suma que las entidades vinculadas encargadas del trámite de sustitución pensional no pueden alegar su propia incuria en la tardanza a costa de la salud del accionante.

7.1. **Premisas de orden jurídico** sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

7.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma

independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:

“...la Ley 1751 de 2015^[2] reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”¹

7.1.2. El derecho a la salud en las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional refirió lo siguiente:

“...Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales...”²

7.1.3. Acerca del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, el máximo Tribunal Constitucional ha señalado que

“...5.2. Ahora bien, el principio de continuidad fue consagrado inicialmente en la Ley 1122 de 2007 y desarrollado en el artículo 6º (lit. d) de la Ley 1751 de 2015 que establece que “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”. De tal forma, lo ha aplicado este Tribunal bajo el entendido que conlleva la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente^[22]. En la Sentencia T-760 de 2008 se expuso: “Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.^[23] Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el

¹ Sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

² Sentencia T 193-2013 M.P. Alexei Julio Estrada



caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”^[24] Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el cceso un servicio de salud.”...³

7.1.4. Finalmente, acerca del deber de continuar con la prestación del servicio de salud cuando se encuentra en trámite la sustitución pensional hasta el momento en que sea resuelta dicha situación administrativa, el máximo Tribunal Constitucional desde antaño ha referido lo siguiente:

“...Esta Sala considera que cuando la suspensión de los servicios de salud se ha producido como consecuencia del fallecimiento del cotizante y se encuentra pendiente la decisión administrativa acerca de la nueva condición de quien era beneficiario, cobra plena vigencia el principio de continuidad y en consecuencia, la E.P.S. debe prestar los servicios de salud hasta tanto se resuelva la situación administrativa correspondiente. Es decir, una persona afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que requiere atención médica para garantizar su vida en condiciones dignas debe permanecer afiliada al Sistema hasta tanto se produzca una decisión administrativa de la cual dependa su nueva calidad en el sistema...”⁴

7.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

- i) El accionante Hermes Martínez cuenta con más de 74 años de edad;
- ii) El accionante se encontraba afiliado al régimen especial de salud del Magisterio a través de la FUNDACIÓN AVANZAR FOS en calidad de beneficiario de su cónyuge HERCILIA FLOREZ quien era pensionada a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”;
- iii) La señora Hercilia Flórez – cotizante - falleció el 24 de agosto de la presente anualidad;
- iv) El accionante radicó solicitud de sustitución de pensión de jubilación por el fallecimiento de su cónyuge ante la Secretaría de Educación departamental de Santander, la cual a su vez

³ Sentencia T-405 de 2017 MP Iván Humberto Escruce Mayolo

⁴ Sentencia T-802 de 2005 MP Jaime Araujo Rentería



radicó la prestación ante la FIDUPREVISORA S.A. con el N° 1797655 del 14 de octubre de 2020, sin embargo, el estado de la prestación figura pendiente de estudio;

v) La entidades demandadas en razón al trámite de sustitución pensional han suspendió los servicios de salud del accionante a pesar que – conforme se registra en su historia clínica - tiene varias patologías de alto riesgo a saber: trasplante renal de donante cadavérico, enfermedad renal crónica, nefropatía, hipertrofia prostática y síndrome convulsivo entre otras, las cuales requieren control y tratamiento para mantener su estado de salud y de contar con más 74 años de edad, es decir, forma parte de la población denominada de la tercera edad;

8.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. La situación emerge clara, el beneficiario del servicio de salud – persona de la tercera edad y, por ende, de especial protección constitucional - ha visto coartada la atención medica que requiere pese al riesgo para su salud - dadas las patologías que afronta -, ante el fallecimiento de la cotizante porque, pese a que inició el trámite de sustitución pensional para continuar con los servicios médicos, el mismo que por cierto corresponde a las entidades demandadas FIDUPREVISORA FOS y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) - aún se encuentra en curso, lo que ha permitido que las entidades lo excluyan de la prestación del servicio de salud.

8.2. En ese orden de ideas, es evidente que existe una afectación a la salud y de contera la vida del accionante puesto que no ha recibido la atención médica que requiere pese a las patologías de alto riesgo que padece, en razón a que las entidades accionadas encargadas tanto de la materialización del servicio como de garantizar su prestación decidieron suspenderla bajo el entendido que aún no se culmina el trámite de sustitución pensional, el cual está bajo su misma orbita.

8.3. Inexcusable resulta la actitud asumida por FIDUPREVISORA FOS y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) que alegan su propia incuria para suspender los servicios de salud de la una persona de la tercera edad, es decir, además que extiende el trámite de la sustitución pensional que fue radicada desde el 14 de octubre de 2020, suspenden el servicio de salud y lo atan a la decisión de la sustitución pensional que les corresponde. El interrogante que surge es ¿si al cabo de 1 año no han resuelto la sustitución pensional el derecho a la salud del accionante quedará en vilo hasta entonces?, prima el trámite administrativo sobre la vida en condiciones dignas de un sujeto de especial protección?



Evidentemente, la salud del accionante no puede quedar en vilo y de ninguna manera prima el trámite administrativo sobre un derecho fundamental, por tanto, la acción de tutela tiene vocación de prosperar sin resquicio de duda alguna, pues desde antaño como se citó en el acápite de premisas jurídicas, la Corte Constitucional ha sostenido que si la suspensión de los servicios de salud se ha producido como consecuencia del fallecimiento del cotizante y se encuentra pendiente la decisión administrativa acerca de la nueva condición de quien era beneficiario, cobra plena vigencia el principio de continuidad y en consecuencia, la E.P.S. debe prestar los servicios de salud hasta tanto se resuelva la situación administrativa correspondiente.

8.4. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se concederá transitoriamente la protección al derecho fundamental de salud desconocido por las entidades demandadas, en consecuencia, se ordenará a los representantes legales del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG y a la FIDUPREVISORA S.A., para que de manera mancomunada dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS SIGUIENTES a la notificación de esta providencia, procedan a dar la continuidad de la prestación de los servicios de salud al accionante, esto es, reactivando su afiliación al sistema de seguridad social en salud, para que pueda dar continuidad al tratamiento sus patologías, conforme lo indiquen sus médicos tratantes.

Esta reactivación de los servicios de seguridad social en salud debe mantenerse sin interrupción alguna hasta tanto se resuelva el trámite de sustitución pensional en forma definitiva. A su vez al representante legal de la Fundación AVANZAR FOS – para que dentro del mismo término reactive los servicios de salud y la asistencia médica integral del accionante.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR DE FORMA TRANSITORIA el derecho fundamental a la salud del señor HERMES MARTÍNEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 5'684.482, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.



SEGUNDO: **ORDENAR** a los representantes legales del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG y a la FIDUPREVISORA S.A., para que de manera mancomunada dentro del término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS SIGUIENTES a la notificación de esta providencia, procedan a dar la continuidad de la prestación de los servicios de salud al señor HERMES MARTÍNEZ, esto es, reactivando su afiliación al sistema de seguridad social en salud, para que pueda dar continuidad al tratamiento sus patologías, conforme lo indiquen sus médicos tratantes. A su vez al representante legal de la Fundación AVANZAR FOS – para que dentro del mismo término reactive los servicios de salud y la asistencia médica integral del accionante.

Esta reactivación de los servicios de seguridad social en salud debe mantenerse sin interrupción alguna hasta tanto se resuelva el trámite de sustitución pensional deprecado por el señor HERMES MARTÍNEZ, en forma definitiva.

TERCERO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,

GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA