



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Honda, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------|--------------------------------|
| Proceso: | Tutela de primera instancia |
| Accionante: | Edith Ríos Romero y otros |
| Accionado: | FOMAG y otros |
| Radicación: | 73-349-31-03-001-2023-00003-00 |

ASUNTO

Decídese la presente acción constitucional.

ANTECEDENTES

1. Solicita Edith Ríos Romero en nombre propio y en representación de sus menores hijos Johan Javier Huertas Ríos y Ana Valeria Huertas Ríos, la protección de sus derechos fundamentales a la salud y de petición, los que estima conculcados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la UT Tolihuilá y Sumimedical S.A.S. e IPS Universitaria como integrantes de la UT Redvital, pretendiendo que por esta vía se les ordene *“adoptar las medidas técnicas y administrativas para que a mis hijos les presten el servicio de salud en condiciones óptimas y en los tiempos establecidos”*.

2. Como sustento, narró lo siguiente:

2.1. Que José Javier Huertas Garzón, quien fuera su compañero permanente y padre de sus 2 hijos, falleció el 8 de noviembre de 2022, momento para el que se encontraba afiliado al magisterio, como docente de la I.E.R. Enrique Duran de Puerto Triunfo - Antioquia.

2.2. Que los servicios de salud para el régimen especial de docentes son prestados por las Uniones Temporales Redvital y Tolihuilá, para los departamentos de Antioquia y Tolima respectivamente.

2.3. Que en noviembre de 2022 y 12 de enero de 2023 se acercó a las instalaciones de la UT Tolihuilá ubicadas en el municipio de Mariquita para solicitar servicios en salud, siendo informada que no era posible porque el cotizante ya se encontraba desvinculado.

2.4. Que el 7 de diciembre de 2022 remitió derecho de petición a la UT Redvital para, entre otras cosas, obtener la prestación del servicio, sin que hasta la fecha de promoverse la acción le hayan dado respuesta.

3. La tutela fue admitida mediante proveído de 18 de enero de 2023 en contra de Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Clínica Tolima y Sociedad Clínica Emcosalud como integrantes de la UT Tolihuilá y de

Sumimedical S.A.S. e IPS Universitaria como integrantes de la UT Redvital, concediéndoles el término de 1 día para que ejercieran su derecho de defensa, habiéndose recibiendo los siguientes pronunciamientos:

3.1. Fiduprevisora S.A. solicitó ser desvinculada, manifestando: **(i)** que acató la medida cautelar decretada, activando los servicios médicos de los accionantes, los cuales quedaron a cargo de la UT Tolihuilá; **(ii)** que *"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"*; **(iii)** que revisó su base de datos y *"la parte actora no ha iniciado ante la secretaria de Educación correspondiente el respectivo trámite de reconocimiento de pensión de sustitución"*.

3.2. La IPS Universitaria indicó que junto a Sumimedical S.A.S. conforman la UT Red Vital, suscribiendo contrato con la Fiduprevisora para *"la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio"*, que desconoce la petición mencionada por la accionante dado que el correo electrónico juridica@redvitalut.com no es administrada por ella, sino por la otra sociedad colaborativa, quien además es la encargada de toda la operación en materia de aseguramiento.

3.3. Sumimedical S.A.S. explicitó los aspectos contractuales entre ella y la Fiduprevisora, resaltando que no es EPS sino un operador de servicios de salud, que no realiza afiliación ni registro de afiliados, sino que de lo propio se encarga el asegurador Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, quien reporta los usuarios a los que debe prestarle los servicios.

3.4. Clínica Tolima adujo falta de legitimación en la causa respecto al derecho de petición involucrado, anotando que su participación en la UT Tolihuilá va encaminada a la prestación de los servicios médicos que tiene habilitados, dentro del marco del proceso de referencia y contrarreferencia que está diseñado para la ciudad de Ibagué.

3.5. Sociedad Clínica Emcosalud pidió ser desvinculada, acotando: **(i)** que la UT Tolihuilá es la contratista y se encarga de la prestación de los servicios de salud a los afiliados al FOMAG, con apego a las obligaciones contraídas en el contrato del 23 de noviembre de 2017; **(ii)** que la Fiduprevisora S.A es la entidad encargada de afiliar o desafiliar a los docentes y a sus beneficiarios; **(iii)** que conforme al numeral 1.2.4.1. del Anexo No. 01. Cobertura y Plan de Beneficios *"(...) Cuando el docente se retira en forma temporal o definitiva de la nómina del magisterio por causa distinta a haber adquirido el derecho a la pensión, por perder su calidad de afiliado al FNPSM, dejará de estar afiliado y por tanto dejará de ser reportado a la entidad contratista una vez transcurran tres (3) meses a partir del momento en que cesa su vinculación laboral con la entidad nominadora o contratante.(...)"* debiendo tenerse en cuenta que el cotizante José Javier Huertas Garzón, junto a sus beneficiarios, fueron retirados por novedad registrada por Fiduprevisora el 7 de noviembre de 2022, procedimiento que es completamente ajeno a la entidad; **(iv)** que con los

anexos aportados con el libelo genitor no se acredita que los promotores hayan iniciado el trámite de sustitución pensional.

4. Agotada la tramitación prevista en el Decreto 2591, pasa el despacho a emitir decisión de fondo dentro de este trámite.

CONSIDERACIONES

1. Desarrollando los postulados propios de un Estado Social de Derecho, la Carta Política de 1991 incluyó en su artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo del que puede hacer uso toda persona para reclamar ante los jueces, por sí misma o por interpuesta persona, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley.

En el *sub lite* se advierte la legitimación tanto de los promotores como de las entidades convocadas, los primeros en defensa de sus derechos fundamentales –los menores de edad a través de su progenitora- y las segundas, tras estar involucradas en la presunta transgresión; de igual modo hay inmediatez en el reclamo y no se advierte otro medio idóneo y eficaz para obtener la salvaguarda de las garantías constitucionales.

2. Dentro del cartulario obra la siguiente documentación:

2.1. Registro civil de nacimiento NUIP 1110462438, con el que se acredita el parentesco de Johan Javier Huertas Ríos con la accionante y el extinto José Javier Huertas Garzón (Pág. 10 Pdf.01TUTELAYANEXOS)

2.2. Registro civil de nacimiento NUIP 1023641608, con el que se acredita el parentesco de Ana Valeria Huertas Ríos con la accionante y el extinto José Javier Huertas Garzón (Pág. 11 Pdf.01TUTELAYANEXOS)

2.3. Registro civil de defunción indicativo serial No. 10830531, en el que consta el deceso de José Javier Huertas Garzón (Pág. 12 Pdf.01TUTELAYANEXOS)

2.4. Certificación de 1 de diciembre de 2022 expedida por la Fiduprevisora, en la que figura que José Javier Huertas Garzón era cotizante afiliado al FOMAG, la calidad de beneficiarios de Edith Ríos Romero, Ana Valeria y Johan Javier Huertas Ríos, así como el estado de afiliación retirado. (Pág. 13 Pdf.01TUTELAYANEXOS)

2.5. Derecho de petición de Edith Ríos Romero, dirigido a "REDVITAL LA UNIÓN TEMPORAL SUMIMEDICAL S.A.S. IPS UNIVERSITARIA", remitido el 15 de diciembre de 2022 desde la cuenta electrónica saulriveros79@hotmail.com con destino a la cuenta juridica@redvitalut.com, en el que se solicitó el restablecimiento del servicio de salud, así como expedición de copia de los formularios de afiliación diligenciados en su oportunidad por su compañero permanente. (Págs. 15-16 Pdf.01TUTELAYANEXOS)

2.6. Pantallazos en los que se observa que en el aplicativo del FOMAG José Javier Huertas Garzón fue retirado el 18 de noviembre de 2022, por fallecimiento, novedad que también se aplicó a los acá accionantes,

indicándose como causa "Exclusión por retiro cotizante" (Págs. 8-11 Pdf.10.Rta.Emcosalud)

2.7. Manual del Usuario 2017-2021 de la Fiduprevisora (Págs. 18-20 Pdf.10.Rta.Emcosalud)

2.8. Certificación de 23 de enero de 2023 expedida por la Fiduprevisora S.A., con la que se acredita que fue activado el servicio de salud para Edith Ríos Romero, Ana Valeria y Johan Javier Huertas Ríos. (Págs. 11 – 12 y 15-17 Pdf.12.Rta.Sumimedical)

3. Desciende el despacho sobre cada uno de los derechos presuntamente vulnerados

3.1 Derecho de petición

3.1.1. A propósito del derecho fundamental de petición y lo que se entiende compone su mínimo básico, la Corte Constitucional en sentencia T-377 de 2000 dijo:

"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

*c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: **1. Oportunidad; 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario.** Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. (...)" (negritas propias)*

De conformidad con el artículo 14 del Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, "toda petición debe resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción", a menos que tenga como objeto el suministro de documentos y de información, pues en este evento "deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción" o que se trate de consulta en relación con las materias a su cargo, caso en el cual cuenta con "30 días siguientes a su recepción".

3.1.2. De la comparación entre la fecha en que se remitió el derecho de petición a la UT Redvital y el momento en que se promueve esta acción brota palmar la transgresión denunciada, pues el plazo que tenía la citada UT para contestar estaba superado con marcada suficiencia, sin haberse demostrado que se efectuó lo propio.

Y este estado de cosas se mantiene hasta la actualidad, pues pese a la vinculación al presente trámite, ninguno de los integrantes de la UT se allanó a hacer lo que le tocaba.

Así las cosas, se impone brindar la protección suplicada, emitiendo la orden respectiva, dirigida no a la UT ya que, como es sabido, carece de personería jurídica y por lo mismo no tiene capacidad para ser parte -de ahí la forma como fue admitida la acción- sino a los entes integrantes, es decir, a Sumimedical S.A.S. e IPS Universitaria, sin que sea de recibo el argumento de IPS Universitaria de que nada tiene que ver con ello porque esos temas administrativos están a cargo de su asociada, toda vez que esa división de roles interna, en caso de existir, en modo alguno puede enrostrársele a los terceros usuarios para mantener la vulneración a sus derechos, máxime cuando la solicitud fue dirigida a la UT, de donde la responsabilidad recae sobre ambas sociedades.

3.2. Derecho a la salud

3.2.1. El derecho fundamental a la salud comprende "(...) *la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser*". Tal garantía es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y una vida en condiciones de dignidad. (...) Justamente, su estrecha relación con la dignidad humana, en tanto principio universal de respeto a toda persona, determina su carácter fundamental y justiciable en el ámbito internacional, así como en el ordenamiento constitucional colombiano.¹

La ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, contempla en el inciso 2º del artículo 279 un régimen de excepciones, dentro del que están los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, último que fue creado por la Ley 91 de 1989, "*como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual tiene entre sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. Los recursos del Fondo son manejados por la Fiduprevisora S.A., quien debe contratar a distintas IPS para la prestación de los servicios de salud*"².

Aunque el de los docentes sea un régimen de excepción, no por ello puede apartarse de los derroteros generales que guían el sistema de salud, siendo pertinente recordar lo que se tiene dicho frente a la protección de los beneficiarios del cotizante que ha fallecido, tópico sobre el que la Corte constitucional de vieja data precisó:

"Por otra parte, la desafiliación de las personas beneficiarias de los servicios de salud es una situación en la cual un usuario deja de recibir los servicios del sistema general de seguridad social en salud. En este contexto, con el objeto de salvaguardar el equilibrio del sistema y el cumplimiento de los fines constitucionales para los cuales fue establecido éste, el retiro de una persona es una facultad regulada legalmente y por ende, las empresas deben actuar con arreglo a los requisitos y eventos consagrados en la ley con el fin de determinar la desafiliación de sus usuarios.

¹ Sentencia T-239 de 2019

² *Ibidem*

Así, la desafiliación de los beneficiarios puede ser consecuencia del fallecimiento del cotizante. En esta circunstancia, la E.P.S. deberá desafiliar a los beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar quien quedará como cabeza del grupo.

En el caso del fallecimiento de un cotizante, sus beneficiarios permanecen en el sistema en los mismos términos y por el mismo período que se establece para los períodos de protección laboral. De acuerdo con las normas vigentes, los períodos de protección laboral pueden ser de un mes o de tres meses. (...)

En virtud de lo anterior, se concluye que en el sistema de seguridad social en salud las causales para la procedencia del retiro de los usuarios se encuentran consagradas de manera explícita en la regulación vigente y a tales disposiciones deben ajustarse tanto las empresas que administran y prestan los servicios de salud, como los usuarios del sistema.”³

3.2.2. Las accionadas Clínica Emcosalud S.A.S. y Sumimedical S.A.S., al contestar la tutela, pusieron de presente el “Anexo No. 01 Cobertura y Plan de beneficios”⁴, pieza que deben seguir en tanto hace parte de los contratos celebrados con Fiduprevisora S.A. como administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con sus contratistas, documento que, dicho sea de paso, se encuentra igualmente divulgado en la página web del FOMAG, en la pestaña de preguntas frecuentes y manual del usuario para los interesados⁵.

De dicho anexo cabe traer a cuento, en cuanto relevantes, los siguientes apartes:

- Numeral 1.2.2., en el que se precisa que:

“Fiduprevisora S.A. es la única entidad competente para incluir o excluir un afiliado en el Aseguramiento en Salud del régimen exceptuado del Magisterio y, por tanto, con competencia para decidir por que ciudadanos responde el FNPSM, de acuerdo con las normas legales y los Acuerdos del CDFNPSM sobre cobertura de beneficiarios del Régimen. (...) Los Contratistas podrán apoyar esta función únicamente en la tarea de remitir los documentos de nuevos beneficiarios que solicitan la inclusión, de conformidad con los derechos establecidos, pero su aceptación como beneficiario e inclusión en la base de datos será competencia exclusiva de Fiduprevisora S.A” (negrilla propia)

- Numeral 1.2.4.1, en el que se define la desafiliación y se reglamentan sus efectos, así:

“Es el evento en que el docente queda desvinculado en forma temporal o definitiva de la nómina de Magisterio, o en el que uno o todos los beneficiarios cubiertos dentro del plan de beneficios del régimen de excepción, pierde la calidad de beneficiario.

³ Sentencia T -802 de 2005

⁴ <https://www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2019/12/ANEXO-NO-01-COBERTURA-Y-PLAN-DE-BENEFICIOS-2.pdf>

⁵ <https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/> y <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/Manual-del-Usuario.pdf>

Cuando el docente se retira en forma temporal o definitiva de la nómina del Magisterio, por causa distinta a haber adquirido el derecho a la pensión, por perder su calidad de afiliado al FNPSM, dejará de estar afiliado y por tanto. Dejará de ser reportado a la entidad contratista una vez transcurran tres (3) meses a partir del momento en que cesa su vinculación laboral con la entidad nominadora o contratante.

Durante el primer mes de ese lapso, se le garantizará la atención integral, en los dos meses siguientes se le garantizará la atención de urgencias y la atención integral relacionada con enfermedades crónicas y programas especiales, si está inscrito en ellos.

A los beneficiarios se les garantizará atención integral, hasta un mes después de la desvinculación del cotizante. En el caso de desvinculación de una usuaria en estado de embarazo se le garantizará, a ella y al recién nacido, la atención hasta un (1) mes después del parto, en aspectos relacionadas con su gestación, parto y puerperio.

Cuando se compruebe por la entidad contratista la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, el usuario que con conocimiento de su deber de información sobre este hecho no lo hizo oportunamente al contratista, este último solicitará a Fiduprevisora S.A. el procedimiento de desvinculación correspondiente, que se hará efectiva previa comunicación escrita al usuario, con un (1) mes de antelación" (negrilla propia).

3.2.3. Con el marco que antecede no queda duda para este servidor judicial que la Fiduprevisora S.A. vulneró el derecho fundamental a la salud de los accionantes al haberlos retirado del sistema el 18 de noviembre de 2022, esto es, a escasos 11 días del fallecimiento del cotizante José Javier Huertas Garzón (q.e.p.d.).

Se actuó de forma indebida, desconociendo el periodo de un mes al que tenían derecho como beneficiarios de su compañero y padre, vulneración que no es de poca monta si en la cuenta se tiene que dentro de los perjudicados hay 2 niños, sujetos de especial protección para quienes el derecho a la salud es "(...) *un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial*"⁶

Se impone entonces brindar la correspondiente salvaguarda y para tales efectos, aunque en el anexo No. 01 se indica que el mes corre "*después de la desvinculación del cotizante*", como el servicio se inhabilitó antes de tiempo, se reactivó hasta ahora por virtud de la medida provisional, y dado que los accionantes estaban a la espera de decisión, se dispondrá que dicho lapso se compute desde la fecha de esta providencia, dando la instrucción correspondiente únicamente a la Fiduprevisora S.A., ente que, como salió flote, en su rol de vocera y administradora, es la única encargada de ingresar o retirar cotizantes o beneficiarios de la base de datos de afiliados del FOMAG

⁶ Sentencia T-377 de 2019

4. Se dispondrá lo ya anunciado, para hacer que cese la transgresión de las 2 garantías superiores analizadas, desvinculando del trámite a la Clínica Tolima y a la Sociedad Clínica Emcosalud, integrantes de la UT Tolihuilá.

DECISIÓN

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Honda - Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

1. Proteger el derecho fundamental de petición de Edith Ríos Romero, así como el derecho fundamental a la salud de ella y de sus hijos Johan Javier Huertas Ríos y Ana Valeria Huertas Ríos.

2. Ordenar a Sumimedical S.A.S. e IPS Universitaria, en tanto integrantes de la UT Redvital, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia emitan y comuniquen respuesta congruente y de fondo a la petición presentada por Edith Ríos Romero el 15 de diciembre de 2022 a las 10:30 a.m., remitida al correo electrónico juridica@redvitalut.com

3. Ordenar a Fiduprevisora S.A. que, como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mantenga vigente o activa la afiliación de Edith Ríos Romero, Johan Javier Huertas Ríos y Ana Valeria Huertas Ríos, para que puedan acceder a los servicios de salud en el municipio de Mariquita, hasta el 28 de febrero de 2023.

4. Desvincular de la presente acción a la Clínica Tolima y a la Sociedad Clínica Emcosalud, integrantes de la UT Tolihuilá.

5. Notifíquese conforme a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

6. Si no fuere impugnado, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese,

El Juez,



FABIÁN MARCEL LOZANO OTÁLORA

Firma escaneada de acuerdo con lo autorizado en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020
(Rad.2023-00003-00)