



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 21 AGO. 2018

SENTENCIA DE TUTELA No. 106

Accionada: UNIVERSIDAD NACIONAL
Accionante: FLOR NOELIA ORTIZ BAQUERO
Derechos Invocados: libre escogencia
Radicado: 110013335-017-2018-00279-00
Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora FLOR NOELIA ORTIZ BAQUERO, en nombre propio, contra la UNIVERSIDAD NACIONAL – UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD - UNISALUD por la presunta vulneración de su derecho fundamental de libre escogencia de EPS. No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refirió la señora FLOR NOELIA ORTIZ BAQUERO que mediante oficio USS-0167-18 del 25 de enero de 2018 se comunicó a su cónyuge sobre el traslado de la accionante a un asegurador de salud, con plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2018.

Manifiesta que su esposo no la tiene inscrita como beneficiaria en UNISALUD, sino que en realidad está inscrita como afiliada por tener una relación de trabajo en una empresa distinta a la Universidad Nacional, lo que la obliga a cotizar al régimen contributivo en salud, habiendo elegido a UNISALUD.

Su afiliación se hizo en cumplimiento del Decreto 047 de 2000 que ordenaba que cuando los dos cónyuges son afiliados o cotizantes en el sistema, deberán estar vinculados a la misma entidad promotora de salud, incluyendo todas aquellas entidades que se encuentran autorizadas para administrar el régimen contributivo.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. La accionante trae a cita las sentencias T-436 de 2004 y T-115 de 2008, además hace referencia al Acuerdo 013 de 2002 por el cual se organiza la Unidad de Servicios de Salud, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 647 de 2001, como una dependencia adscrita a la rectoría, cuyo objeto es el de garantizar la prestación de los servicios relacionados con la seguridad social en salud del personal académico, de los empleados públicos no docentes, de los trabajadores oficiales y de los pensionados.

Indica que los Acuerdos 01 y 02 de 2017 de la Junta Nacional de Salud UNISALUD, son de inferior jerarquía que las disposiciones legales que regulan el Sistema General de la Seguridad Social y no pueden disponer de preceptos que vulneren derechos de los afiliados y mucho menos cuando se trata de derechos adquiridos.

ARGUMENTO DE LA AUTORIDAD ACCIONADA.

Dentro del término legal previsto en la providencia que admitió la presente acción, la Gerente Nacional de la Unidad de Servicios de Salud de la Universidad Nacional de Colombia – UNISALUD, presentó informe en el que manifiesta que la accionante actualmente se encuentra inscrita a la Unidad, en estado activo y como beneficiaria de su esposo, además se le identificó como cotizante activa del Sistema General de Seguridad Social en Salud, hecho confirmado por la misma demandante.

Indica que la actora actualmente cuenta con plenos servicio de salud y que esta será suministrada hasta que realice la gestión de traslado a un asegurador en salud de su preferencia o hasta el 31 de diciembre de 2018 en los términos dispuestos por los Acuerdos 01 y 02 de 2017, actos de carácter general que actualmente gozan de presunción de legalidad.

Hace un recuento normativo del funcionamiento de la Unidad de Servicios de Salud, Ley 30 de 1992, Ley 647 de 2001, Acuerdo 024 de 2008 y Resolución 03 de 2010, últimos que permitieron la inscripción o no como beneficiario del afiliado, al cónyuge o compañera o compañero permanente cuanto este tenga la obligación de cotizar al SGSSS, beneficiarios de quienes sus aportes debían realizarse en los términos que la Ley dispusiera para tal fin; no obstante, al momento de la expedición de la Resolución 03 de 2010 se encontraba suspendida la Resolución 3577 de 20015, a través de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social pretendió hacer extensivo a los sistemas especiales de salud como el de la Unidad Nacional de Salud, el Decreto 1703 de 2002 que indicaba que los aportes provenientes de este grupo de beneficiarios con obligación de cotizar, se dirigieran al entonces FOSYGA. Posteriormente, por Decreto 2353 de 2015 el Presidente de la República dispuso que dichos aportes deben ser dirigidos al Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, siendo obligación del sistema especial que permita este tipo de inscripción la prestación de todos los servicios de salud y del ADRES todas las prestaciones económicas a que haya lugar.

Explica que luego de realizarse un análisis jurídico y financiero en varias sesiones de la Junta Directiva Nacional – JDN, se concluyó que la inscripción de aquellos beneficiarios es una potestad exclusiva de la Universidad Nacional de Colombia, cuyo órgano colegiado está llamado a garantizar el sostenimiento administrativo y financiero de la Unidad, en virtud del artículo 6º del Acuerdo 024 de 2008.

Añade que “Dicha disposición” causa un impacto financiero negativo a la Unidad de Servicios de Salud, razón por la cual la Junta Directiva Nacional expidió el Acuerdo 01 de 2018, a través del cual prohíbe la inscripción de nuevos beneficiarios con obligación de cotizar al SGSSS y con relación a los beneficiarios ya inscritos se fija como fecha máxima el 10 de junio de 2018, fecha modificada por el Acuerdo 02 de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018.

Finalmente, refiere que la Unidad de Servicios hace parte del Sistema de Salud adoptado por las Universidades y por ende al estar excluida del SGSSS, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y tener norma específica que define su funcionamiento no se encuentra transgrediendo el derecho a la libre escogencia manifestado por la accionante. De igual manera los Acuerdos 01 y 02 de la JDN de Unisalud son actos administrativos que a la fecha se encuentran vigentes, se presumen legales y no han sido demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existiendo actualmente mecanismos jurídicos alternativos diferentes a la acción de tutela y en la actualidad no se evidencia ningún perjuicio irremediable.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del sector descentralizado del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.¹

En el presente asunto la acción de tutela es presentada en nombre propio, en procura de la defensa de su derecho fundamental a la libre escogencia de EPS.

LEGITIMACIÓN POR PASIVA

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto.

En el caso, la UNIVERSIDAD NACIONAL, quien actúa como accionado dentro del trámite de la referencia, pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público de orden nacional y, en esa medida, goza de legitimación en la causa por pasiva dentro del presente proceso de tutela; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Procedibilidad de la acción de tutela.

- Inmediatez:

El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso

¹ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

Al respecto, el oficio USS-0167 -18, por medio del cual se informa al cónyuge de la accionante que debe gestionar el traslado de asegurador en salud, data del 25 de enero de 2018, pero fue notificado el **21 de abril de 2018** (f. 2) y la acción de tutela se interpone el día 2 de agosto de 2018. Es decir, 3 meses y 12 días después, lapso razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

- Subsidiariedad

El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece en el artículo 6º las causales de improcedencia y en el numeral 1º señala que no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

De otro lado, la Corte ha considerado que el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial responde al principio de subsidiariedad, lo cual pretende asegurar que la acción de tutela no se convierta en una instancia más dentro del trámite jurisdiccional.

En tratándose de acción de tutela contra actos administrativos la Honorable Corte Constitucional ha “predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión”².

Sobre el perjuicio irremediable, la H. Corte Constitucional ha manifestado que se deben cumplir los elementos de inminencia, gravedad y requerir medidas urgentes e impostergables para la protección de derechos fundamentales: “(...) En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos facticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”³.

En este orden de ideas, la procedencia del mecanismo constitucional contra actos administrativos está supeditada a la existencia de un perjuicio irremediable que debe ser invocada y demostrada ante el Juez Constitucional a fin de que éste pueda tomar las medidas necesarias de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

Aunado a lo anterior vale mencionar que la acción de tutela no será procedente ante cualquier tipo de amenaza del derecho fundamental, toda vez que *“tal amenaza no puede*

² T.- 094/2013

³ . Sentencia T – 1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudiaba si era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, para solicitar el incremento de su mesada pensional. En este caso, la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, que negaron el amparo del derecho, pues consideró que en el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable.

contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían ser vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado. De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro”⁴.

- **El caso concreto.**

En el presente asunto se pretende que por esta vía se tutele el derecho a la libre escogencia de EPS, frente a la Junta Nacional de UNISALUD y continuar afiliada por término indefinido, en su calidad de cónyuge del afiliado Germán Nieto Lucena, pensionado de la Universidad.

Por su parte, la Unidad de Servicios de Salud - UNISALUD argumenta que de acuerdo con la autonomía universitaria y el impacto financiero negativo, fueron expedidos los Acuerdos 01 y 02 de 2017, que se presumen legales y no han sido demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siendo improcedente por esta vía la solicitud al existir una vía ordinaria, sin que sea posible la tutela del derecho fundamental a través de esta acción constitucional por cuanto no se encuentra probado un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la reseña jurisprudencial y los argumentos expuestos por las partes, el Despacho revisará si en el presente caso se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción de tutela descrito en precedencia.

Al efecto, se encuentra probado en el expediente que mediante oficio USS-0167 – 18 (f. 2) se informa al señor Germán Nieto Lucena que su beneficiaria debe gestionar el correspondiente traslado de asegurador en salud, para lo cual deberá tener en cuenta el plazo máximo dispuesto para tal fin, es decir, el 31 de diciembre de 2018.

Igualmente, obra copia de los Acuerdos 01 y 02 del 1º y 21 de diciembre de 2017, respectivamente, por medio de los cuales se modifica el artículo 8 de la Resolución 03 de 2010 y se ordena al afiliado no inscribir como beneficiario al cónyuge o compañero o compañera permanente, cuando tenga la obligación de cotizar al SGSSS y a los beneficiarios ya inscritos, gestionar el traslado al asegurador en salud de su elección, lo cual deberá realizarse hasta el 31 de diciembre de 2018. (fls. 2 a 5).

De tal manera que, debe señalar el Despacho que, la actora dispone de vías ordinarias idóneas y expeditas, como es el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en búsqueda de atacar la decisión tomada por la administración contenida en los actos administrativos que se encuentran en el expediente, medio de control dentro del cual es posible invocar medidas cautelares cuando se estimen pertinentes para conjurar un posible perjuicio, medidas que fueron reforzadas en el nuevo C.P.A.C.A. haciendo cada vez más extraordinaria la vía de tutela frente a este tipo de actuaciones.

Por consiguiente, tal y como se expuso con anterioridad, en principio la acción de tutela no es procedente para atacar actos administrativos como, en el presente caso, la decisión cuestionada por la actora, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de

⁴ Sentencia T-647 de 2003.

defensa ordinarios para revisar su legalidad, como tampoco es posible acudir al juez constitucional con el fin de obtener determinados resultados, o tratar de modificar decisiones que resultan adversas a la accionante.

En tanto, como ya se señaló, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, resultando improcedente su ejercicio cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se haga uso de ésta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como expresamente se dispone en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Así, al verificar el Despacho si en el presente caso se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable que habilite un pronunciamiento de fondo en sede constitucional, al menos como mecanismo transitorio y de acuerdo al estudio de la documental obrante en el proceso, no se observa que la actora se encuentre en perjuicio irremediable que deba evitarse mediante esta acción de tutela, pues el traslado no es inmediato sino que opera hasta el 1º de enero de 2019, es decir estaríamos frente a un hecho futuro que no podría ser amparado por este medio.

En conclusión, de acuerdo con el acervo probatorio no se evidencia la afectación de ningún derecho fundamental que requiera una medida urgente, aunado a que es claro que la presente acción de tutela resulta improcedente para atacar actos administrativos, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar su legalidad no cumpliendo entonces con el requisito de subsidiariedad y no observarse una especialísima circunstancia que posibilite su ejercicio como mecanismo al menos transitorio de protección de derechos fundamentales.

Consecuente con lo anterior y con fundamento en lo antes expuesto, es claro que la acción de tutela ejercitada en el presente caso es IMPROCEDENTE y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

- SENTIDO DE LA DECISIÓN.

De las anteriores consideraciones, se concluye que no es procedente la presente acción de tutela, en primer lugar, por no cumplir el requisito de inmediatez y, en segundo lugar, por cuanto el actor dispone de otros medios de defensa y no demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por la señora FLOR NOELIA ORTIZ BAQUERO en contra de la UNIVERSIDAD NACIONAL – UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD - UNISALUD, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. NOTIFÍQUESE a la accionada y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ejg