

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., 16 de mayo de 2019

Sentencia de Tutela No.55

Radicación: 110013335-017-2019-000174-00
Demandante: Trinidad Leyva de Vargas
Demandado: Nación– Ministerio de Educación Nacional-Fomag-Fiduprevisora y, Ministerio de Salud y de la protección social
Acción: Tutela
Asunto: Derecho de petición y salud

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política y de los Decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1983 de 2017, procede el despacho a emitir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones

Solicitud.- El 29 de abril de 2019, la señora Trinidad Leyva de Vargas, instaura el derecho de amparo contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, el Ministerio de Salud y Protección Social, por estimar vulnerado su derecho constitucional fundamental de petición y salud, dado que no ha logrado su exclusión del régimen especial para lograr ser vinculada en el régimen subsidiario de salud.

Arguye que la solicitud de exclusión fue radicada el 06 de febrero de 2019, en la página web del Ministerio de Salud con número de radicado 201942400170662 y que pese a que dicho ministerio solicita a la Fiduprevisora S.A., la actualización de sus datos para ser excluida, no ha logrado ser vinculada al régimen subsidiario por estar en el régimen especial como docente.

El Ministerio de Educación. Señala que la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag es la encargada de la administración del servicio de salud, así como de realizar las afiliaciones de los docentes y, en ese orden es la facultada para contratar la prestación de servicios médicos asistenciales.

Como quiera que el Ministerio de Educación no interviene en los trámites de salud, por cuanto el procedimiento de reconocimiento y pago de dichas obligaciones, por ley se encuentran en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora, con fundamento en el contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990, solicita que se desvincule de la acción de tutela. (Fs.17-28)

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,

Competencia Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 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 de la señora Trinidad Leyva de Vargas, en procura de la defensa de los derechos fundamentales de petición y salud.

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 mencionado Decreto.

En la contestación de la demanda el Ministerio de Educación Nacional, señala que no es la entidad competente para prestar servicios de salud, ni tiene a su cargo la administración de los servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, razón por la que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva

En el caso concreto consideramos que el Ministerio de Educación se encuentra legitimado dado que representa al FOMAG quien tiene a su cargo la administración de los servicios médicos asistenciales de sus afiliados a través de la Fiduprevisora a quien le correspondería excluir a la tutelante de dicho régimen por no encontrarse vinculada como empleada publica

También se encuentra legitimado el Ministerio de Salud en razón a que tal entidad recibió la solicitud de la tutelante para efectos de ser incorporada al régimen subsidiario de salud.

Procedibilidad de la acción de tutela Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede *“cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”* (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales, situación que fue cumplida por el accionante.

En el asunto sub examine para efectos de determinar la procedibilidad de la presente acción, la parte actora no cuenta con otros mecanismos para el amparo de los derechos invocados pues tratándose de la protección del derecho fundamental de petición², el ordenamiento jurídico colombiano no dispone de un mecanismo idóneo y eficaz diferente a la acción de tutela que le permita efectivizar su derecho constitucional de petición y, en cuanto a la inmediatez, se estima que acudió en un término prudencial a invocar la protección de sus derechos, por lo tanto, se procederá a examinar de fondo el asunto objeto de conflicto, para efectos de determinar la ocurrencia o no de la vulneración del derecho fundamental y su eventual protección de tutela.

Problemas y temas jurídicos a tratar La tutelante manifiesta que las entidades accionadas han vulnerado su derecho fundamental de petición y salud, al no contestar la solicitud de exclusión del Régimen Especial y de Excepción al que pertenecía por finiquitar su vinculación laboral, con el objeto de lograr su traslado al régimen subsidiario de salud por encontrarse desempleada.

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.

² Corte Constitucional, Sentencia T-138 de 2017.

En este caso resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con i) el derecho fundamental de petición y ii) analizar el caso concreto para determinar si de las probanzas se puede colegir que existe, por parte de la entidad accionada la vulneración de dicho derecho fundamental, de contera el derecho a la salud por no haber sido desvinculada del régimen especial al terminarse su relación laboral con el magisterio

i) Derecho fundamental de petición. En Colombia la consagración del Derecho de Petición es muy antiguo³. Actualmente es un derecho de carácter fundamental, de aplicación inmediata, preferente, y forma parte de las garantías inherentes de toda persona en el Estado Social de Derecho (artículo 23 de la C.P)⁴.

Por una parte, el Derecho de Petición representa una manifestación de la democracia participativa pues permite la intervención de las personas en el estudio y la resolución de cuanto atañe a los asuntos públicos; y por otra, es un derecho público subjetivo instituido para la defensa y protección de los derechos en sede administrativa, en la medida en que permite que las personas puedan reclamar y solicitar el reconocimiento de sus derechos, informarse adecuadamente acerca estos y de sus deberes, exigir el cumplimiento de las funciones de las autoridades, manifestarse en relación con una actuación suya en particular, denunciar sus omisiones, examinar documentos públicos, obtener copias de éstos, formular consultas y pedir que se le preste un servicio, entre otros aspectos.

En consecuencia, este derecho permite el acceso a las autoridades, y a la información que ellas producen; posibilita la defensa de los derechos, consiente la participación en la función pública, y facilita el control y fiscalización por las personas de la actividad y de los actos de las autoridades.

Estas características del derecho de petición hacen que la posición de la Administración y de las demás autoridades públicas frente a su ejercicio no sea pasiva, sino que tiene implícitos deberes de facilitación y está orientada por un mandato de colaboración con el peticionario, tanto en la recepción y trámite de las peticiones, como al momento de responder oportuna, de fondo y eficazmente en orden a que éste pueda concretar los derechos que le concede el ordenamiento jurídico.

Al respecto la Corte Constitucional fijó como parámetro que busca garantizar la plena protección del derecho de petición la necesidad de que: "**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**"⁵. (Resalta el Despacho).

Así las cosas, el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política no solo hace referencia a presentar peticiones respetuosas ante la autoridad, ya sea en interés general o particular, sino también a obtener pronta respuesta de fondo, que resuelva la respectiva solicitud dentro de los términos establecidos en la ley, la cual debe ser clara, precisa y unívoca.

En cuanto al término que tienen las entidades para dar respuesta a las peticiones, el legislador en el artículo 1° de la Ley 1755 de 30 de junio de 2015 que sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011,

³ La consagración de este derecho data de hace dos siglos. En efecto, en la Constitución de Tunja sancionada en 1811, dentro de la declaración de los derechos del hombre en sociedad, se incluyó el siguiente texto: "*¡Jamás se puede prohibir, suspender o limitar el derecho que tiene todo pueblo, y cada uno de sus ciudadanos de dirigir a los depositarios de la autoridad pública, representaciones o memoriales para solicitar legal y pacíficamente la reparación de los agravios que se le han hecho, y de las molestias que sufra*". Similares previsiones se establecieron en la Constitución de Cundinamarca de 1812, y en la de Cúcuta en 1821. Dichos textos pueden considerarse antecedentes del derecho establecido en el artículo 45 de la Constitución de 1886 según el cual "*¡Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución*". Sin embargo fue en el Decreto Ley 2733 de 1959, que se reglamentó el Derecho de Petición y luego en el Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo se hizo un mayor desarrollo, en tanto recogió varias de las disposiciones de la primera normativa, modificó algunas e introdujo otras nuevas.

⁴ El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad brindar a los ciudadanos la oportunidad de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades y a obtener una pronta respuesta.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2000. V.é. las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999, entre muchas otras".

señaló que los organismos estatales y los particulares que presten un servicio público, han de observar el término de quince (15) días. Este término, pese a ser de obligatorio cumplimiento, puede ser ampliado de forma excepcional cuando la administración en razón de la naturaleza misma del asunto planteado no pueda dar respuesta en ese lapso, evento en el cual, así habrá de informárselo al peticionario, indicándole además las razones que la llevan a no responder en tiempo, y la fecha en que se estará dando una respuesta de fondo. Este término excepcional ha de ser igualmente razonable.

Complementario de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que la falta de competencia de la entidad ante quien se presenta una petición no la exonera de contestar⁶, considerando que "si al recibir un derecho de petición, la entidad se percata de su falta de competencia, es deber comunicárselo al peticionario dentro del término legal previsto y remitir la solicitud al funcionario competente. De esa manera se da una respuesta válida al derecho de petición. Sin embargo, la responsabilidad de dar una respuesta de fondo no desaparece. Es la entidad a la cual se le remitió la petición la que, en virtud de su competencia, debe dar una contestación satisfactoria dentro de los quince días posteriores al recibo de la remisión de la solicitud⁷."

Caso concreto

El tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado su derecho fundamental de petición y salud, al no contestar de fondo la petición radicada el 06 de febrero de 2019 para efectos de ser incluida en el régimen subsidiario de salud por encontrarse desempleada.

Revisada la documental aportada se evidencia que interpuso el derecho de petición por la página web del Ministerio de Salud y de Protección Social, el 06 de febrero de 2019 (fls. 4-5), el cual fue contestado a través del oficio 201913000197071 de 19 de febrero de 2019, en donde se le informa a la tutelante que la entidad ha solicitado con oficio **201913000197041** a la Fidupervisora S.A – Fomag, actualizar la base de datos del Régimen Especial para efectos de ser excluida la señora Leyva de Vargas de tal entidad, por cuanto hace más de 3 años término su vínculo laboral como docente.

Evidenciamos en este caso vulneración al derecho de petición en razón a que el Fomag-Fidupervisora S.A., luego de tres años de estar desvinculada la señora Leyva de Vargas del Fomag aún no ha actualizado la base de datos para excluirla del régimen especial, pese a la solicitud que le hiciera el Ministerio de salud a través del oficio **201913000197041 de 19 de febrero de 2019 (fl.5)**.

En consecuencia, se concluye que la conducta que asumió el Fomag- Fidupervisora al no responder al Ministerio de Salud sobre la actualización de su base de datos para efectos de excluir a la tutelante del sistema, ha dado lugar a que no se logre continuar con el trámite de la solicitud de inclusión en el régimen subsidiario de salud.

Así las cosas se ha vulnerado del derecho de petición puesto que el mismo no ha podido ser resultado ante la falta de colaboración del Fomag-Fidupervisora S.A. para actualizar su base de datos a efectos de excluir a la tutelante del sistema, requerida por el Ministerio de Salud en el oficio citado de fecha 19 de febrero de 2019.

Por lo anterior se ordenará al Fomag- Fidupervisora S.A. que dentro de los 5 días siguientes conteste al Ministerio de Salud el oficio 201913000197041 visible a folio 5 del expediente con el objeto de que tal entidad conteste de fondo la solicitud de inclusión al régimen subsidiario de salud presentado el pasado 06 de febrero de 2019 por la señora Leyva de Vargas.

⁶ S. T-219/01, T-1014/01, T-1089/01, T-566/02, T-628/02, T-1058/04, T-1099/04, T-1107/04, T-1241/04, T-737/05, C-792/06, T-872/07, T-879/09, T-667/11, T-173/13, T-831A/13, T-211/14, T-489/14

⁷ T-219-01.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho de **PETICIÓN** de la accionante **TRINIDAD LEYVA DE VARGAS** por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR al Fomag-Fiduprevisora S.A. que dentro de cinco (5) días siguientes a la fecha en que se le notifique este fallo, conteste al Ministerio de Salud el oficio 201913000197041 visible a folio 5 del expediente con el objeto de que tal entidad- Ministerio de Salud- responda de fondo la solicitud de inclusión que hiciera la señora Leyva Vargas el pasado 6 de febrero sobre su inclusión al régimen subsidiario de salud, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de aquel.

TERCERO.- Acatada la anterior actuación la demandada deberá aportar al Despacho los soportes del cumplimiento de lo aquí dispuesto.

TERCERO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- 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; en caso que la acción sea excluida de una eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al archivo inmediato del expediente, con el correspondiente registro en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ORIGINAL FIRMADO.

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DRBM-MAC

