

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado: 005 2020 – 00235 00
Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Carolina Arismendi Bejarano
Accionada: Ministerio de Salud y Protección Social y Salud Total EPS
Vinculadas: Fiscalía General de la Nación, Famisanar EPS, Colsubsidio EPS, Adres.
Asunto: **SENTENCIA**

Superado el trámite que es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la Acción de Tutela señalada en la referencia.

ANTECEDENTES

1.- Sustento Fático.

Solicitó la accionante en su propio nombre la protección a sus derechos protección integral a la familia, protección durante el embarazo y después del parto, con base en los hechos que a continuación se resumen:

1.- Que desde el 01 de agosto de 2019, se encuentra vinculada con la Fiscalía General de la Nación, en virtud del nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Resolución No. 0-0862 del 25 de junio de 2019, con afiliación a FAMISANAR EPS.

2.- Que el 06 de junio de 2020, realizó por medio de la página <https://miseseguridadsocial.gov.co/>, la solicitud de traslado de Famisanar EPS a Salud Total EPS , como quiera que se encontraba insatisfecha con el sistema de urgencias de dicha entidad.

3.- Que dicha solicitud fue radicada como “novedad número 069CC101426447306062020095200002” de la misma fecha. Siendo

aceptada e informada que el traslado se ejecutaría el 01 de agosto de 2020.

4.- Que el 20 de junio de 2020, se realizó una prueba de embarazo, la cual salió positiva. Por lo cual, inició los trámites pertinentes ante Famisanar EPS, para que se le asignaran las citas correspondientes, agregando que los controles prenatales se están llevando a través de la citada prestadora.

5.- Que atendiendo a lo anterior y toda vez que, como requisito indispensable para conceder la licencia de maternidad, una vez terminado el periodo de gestación, se encuentra el estar vinculado durante el periodo de gestación a una misma EPS, empezó a realizar las averiguaciones pertinentes para efectuar la reversión de la solicitud de traslado, pues el mismo se había realizado mucho antes de que tuviera conocimiento que se encontraba embarazada.

6.- Que realizadas las llamadas a las EPS FAMISANAR y SALUD TOTAL, se le indicó que por tal medio, era improcedente hacer efectiva su solicitud de reversión, por lo que envió una petición a los correos que aparecen en la página <https://miseguridadsocial.gov.co/>, esto es a los correos notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co y miseguridadsocial@minsalud.gov.co. De igual forma, realizó la petición mediante turno en casa de SALUD TOTAL EPS.

7.- Que el día 23 de julio de 2020, llegó a su correo respuesta por parte de SALUD TOTAL EPS, en la que se le indica que no es posible dejar sin efecto el traslado efectuado, igual respuesta recibió por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

8.- Que de lo anterior se denota que por capricho de las entidades accionadas, se le está negando la reversión de traslado de EPS, toda vez que no se ha hecho efectivo el traslado de EPS, por ende, se le está menoscabando el derecho a la libre escogencia de EPS, solo por el hecho de haber realizado el trámite de solicitud de traslado de EPS, por medio de la página miseguridadsocial@minsalud.gov.co, teniendo en cuenta además que tal como le informaron mediante atención telefónica, si hubiera realizado el procedimiento directo con la EPS si se le hubiera reversado la solicitud.

-2.- La Petición.

Con base en los hechos expuestos la accionante solicitó lo siguiente:

“Se ordene al MINISTERIO DE SALUD y a SALUD TOTAL EPS y/o quienes hagan sus veces protejan los derechos fundamentales a la protección integral de la familia y a la protección durante el embarazo y después del parto, consagrados en los artículos 43, 44 y 45 de nuestra Carta Magna, GENERANDO LA REVERSIÓN DE TRASLADO PARA QUE SEA LA EPS FAMISANAR-COLSUBSIDIO, QUIEN CONTINUE PRESTANDO LOS SERVICIOS DE SALUD A MI HIJ@ Y A MI. Toda vez que, de no hacerlo me traería un agravio irremediable a mis derechos al perder la licencia de maternidad que en el futuro se causa con mi gestación, además a la fecha me encuentro satisfecha con el servicio que la EPS Famisanar-Colsubsidio me está brindando.”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela fue admitida mediante providencia del 31 de julio del año en curso, en la cual se dispuso a oficiar a las entidades accionadas, para que en el término de un (1) día se pronunciaran acerca de los hechos y pretensiones de la queja constitucional y aportaran los medios de demostración que pretendieran hacer valer en su defensa.

Así mismo se ordenó la vinculación de oficio de la Fiscalía General de la Nación, Famisanar EPS, Colsubsidio IPS y del ADRES y se negó la medida provisional solicitada.

4.- Intervenciones.

Se recibieron intervenciones de: (i) el Adres; (ii) Famisanar EPS; (iii) la Fiscalía General de la Nación; (iv) el Ministerio de Salud y Protección Social y (v) Colsubsidio IPS.

El Adres refirió, *“no es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, realizar el trámite de traslado, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que*

fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.”

Famisanar EPS señaló, “(...) Se realiza validación y el usuario realizó su proceso de traslado hacia la entidad SALUD TOTAL por la plataforma transaccional SAT, siendo aprobado a partir del 01/08/2020 a dicha entidad. Esta situación se da debido a que el usuario con su conocimiento realizó el trámite a través de la plataforma SAT, lo cual lo hace responsable de su ingreso en su EPS, si el usuario presenta una situación de tratamientos en curso, hospitalizaciones o fraudes; el usuario deberá elevar su requerimiento ante el Ministerio en la página (www.minseguridadsocial.gov.co) para que dicho ente realice el desbloqueo respectivo y sean ellos quienes nos reporten la reversión del proceso, de lo contrario no es viable reversar ingresos a nuestra EPS por SAT y deberá permanecer en SALUD TOTAL hasta cumplir con el tiempo y demás condiciones respectivas para el proceso de traslado, esto debido a que las EPS únicamente somos receptoras de la información de traslados radicados por dicha página a través de unos archivos reportados 2 por el ente pero no podemos realizar ninguna modificación frente a las gestiones realizadas en dicha plataforma. (...)”

A su turno la Fiscalía General de la Nación manifestó “De conformidad con los hechos contenidos en el escrito de tutela, y la pretensión perseguida en la misma, es preciso señalar, que al no tener injerencia alguna en el trámite solicitado en la pretensión mediante la cual señala, “Se ordene al MINISTERIO DE SALUD y a SALUD TOTAL EPS y/o quienes hagan sus veces protejan los derechos fundamentales a la protección integral de la familia y a la protección durante el embarazo y después del parto, consagrados en los artículos 43, 44 y 45 de nuestra Carta Magna, GENERANDO LA REVERSIÓN DE TRASLADO PARA QUE SEA LA EPS FAMISANARCOLSUBSIDIO, QUIEN CONTINUE PRESTANDO LOS SERVICIOS DE SALUD A MI HIJ@ Y A MI. Toda vez que, de no hacerlo me traería un agravio irremediable a mis derechos al perder la licencia de maternidad que en el futuro se causa con mi gestación, además a la fecha me encuentro satisfecha con el servicio que la EPS Famisanar-Colsubsidio me está brindando”.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN -Departamento de Administración de Personal, se atiene a las consideraciones y ordenes emitidas por su Honorable Despacho Judicial al momento de fallar la presente acción de tutela.”

Por otra parte, el Ministerio de Salud y Protección Social aportó el certificado de Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, Colsubsidio IPS puntualizó: *“Por ende, en relación con las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, Colsubsidio no tiene injerencia alguna sobre lo allí pretendido y deben ser atendidas por la entidad accionada, que en este caso es FAMISANAR E.P.S, por ser la aseguradora actual de la accionante aquí representada y la accionanda (sic) SALUD TOTAL EPS.*

De conformidad con los hechos narrados en los puntos anteriores, se concluye que NO EXISTE LEGITIMACIÓN POR PASIVA en cabeza de IPS COLSUBSIDIO, ya que al tenor de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela debe dirigirse contra “la autoridad pública, cuando por acción u omisión, lesione o amenace lesionar los derechos fundamentales de una persona y contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público...”.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

El Juzgado es competente para el conocimiento del presente asunto, atendiendo a las reglas de competencia consagradas en el artículo 86 de la Constitución Nacional y su reglamentación en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico.

De los hechos narrados, corresponde a esta sede constitucional determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la

accionante y del que está por nacer, al no acceder a dejar sin efecto el traslado de EPS.

3.- Marco Constitucional.

La acción de tutela es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución Nacional y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 y ella procede frente a la violación o amenaza de estos derechos por parte de las autoridades públicas, bien por acción u omisión, y en algunos casos frente a particulares, cuando estos desempeñan funciones Administrativas. Según las disposiciones en cita, su naturaleza es residual o subsidiaria, ya que resulta improcedente, cuando la persona afectada tiene otros medios legales de defensa, salvo que para evitar un perjuicio irremediable solicite el amparo con el carácter de transitorio.

4.- La improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

Respecto del particular, resulta del caso recordar que por su naturaleza, el ejercicio de la acción de tutela requiere que exista una vulneración de los derechos fundamentales de quien reclama su protección, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia T-130 de 2014, así:

“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]”². Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión

¹ Capítulo a través del cual se reglamenta la procedencia de la acción de tutela contra particulares.

² Artículo 1º del Decreto 2591 de 1991. En el mismo sentido lo expresó el Artículo 86 de la Constitución Política al disponer que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)” o un particular, siempre que este último preste un servicio público, actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, o ante quien el afectado esté en una situación de indefensión o subordinación.

*del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.*³

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003⁴ o la T-883 de 2008⁵, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”⁶, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”⁷.

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermittiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”⁸.

³ El Artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 expresó aquello de la siguiente manera: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto (...)”.

⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ M.P. Jaime Araújo Rentarías.

⁶ T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentarías.

⁷ SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ T-013 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. // En similares términos la sentencia T-066 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, refiriéndose a la acción de tutela dirigida contra autoridades públicas, afirmó que “No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo.” En este orden de ideas, en aquella providencia la Sala de Revisión consideró que no podía entrar a decidir sobre la discriminación alegada por el accionante, toda vez que la vulneración del derecho a la igualdad invocado por el apoderado del actor “resulta ser incierta e hipotética, no se ha dado y, como se señaló, según lo dispuesto por el artículo 86 de la

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.”

6.- Caso Concreto.

De entrada, observa el Despacho la concurrencia de los elementos de procedibilidad general de la acción de tutela correspondientes a la legitimación en la causa, en tanto que se propone por la titular de los derechos invocados y se convoca a una autoridad pública, así como, a entidades que prestan el servicio de salud, en los términos del artículo 86 de la Constitución Nacional; y de inmediatez, como quiera que la presunta conducta transgresora de las garantías fundamentales en cabeza del actora continúa en el tiempo con ocasión de la negativa por parte de las entidades accionadas de dejar sin efecto el traslado de Famisanar EPS a Salud Total EPS.

Sin embargo, de los hechos expuestos por la actora en el escrito de tutela no se evidencia que las accionadas hubiesen llevado a cabo conducta alguna que vulnere las garantías fundamentales que se reclaman a través de la presente acción, como quiera que si bien, se expone que con el traslado de EPS se ve afectada la prestación de los servicios que requiere en razón a su estado de embarazo y el derecho a que le sea reconocida y pagada la licencia de maternidad, no obra en el plenario prueba alguna que ratifique tales afirmaciones.

Nótese, que el traslado de Famisanar EPS a Salud Total EPS, se efectuó por parte de la accionante de manera voluntaria, por no encontrarse conforme con la atención brindada en el servicio de urgencias por la primera prestadora, de manera que respecto de tal actuación, no puede endilgarse ningún tipo de vulneración.

Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”

De otra parte, no se advierte que las accionadas hubiesen negado algún servicio de salud o dejado de reconocer prestaciones de tipo económico, requeridas por la accionante, con ocasión del aludido traslado, así como tampoco se encuentra acreditado dentro del plenario que se requiera exámenes o procedimientos que no se hubiese podido llevar a cabo por la referida situación, es más, de acuerdo con el certificado de Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, aportado por el Ministerio de Salud y Protección Social, se observa que a partir del 01 de agosto de 2020, la encargada de cubrir las contingencias correspondientes al servicio de salud, tanto de la accionante, como de su hijo es Salud Total EPS.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de la actora de dejar sin efecto el prenotado traslado, debe tenerse en cuenta que no le es dable al juez constitucional impartir orden alguna en esos términos, para lo cual debe acudir a la justicia ordinaria, máxime cuando no es clara ni actual la transgresión de las garantías fundamentales en cabeza de quien interpone la solicitud de amparo que amerite la intervención del juez constitucional, y lo relativo a cualquier inconveniente con la licencia de maternidad en este instante se verifica hipotético.

En virtud de lo expuesto, el asunto de marras carece de relevancia constitucional, al haberse establecido que los hechos expuestos por la actora no revisten vulneración actual de los derechos fundamentales de los que es titular la actora y mucho menos del que está por nacer.

Por lo aquí expuesto, habrá de negarse el amparo deprecado por la señora Carolina Arismendi Bejarano.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución;

RESUELVE:

1.- NEGAR la acción de tutela interpuesta por Carolina Arismendy Bejarano, por las razones expuestas anteriormente.

2.- NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

3.- CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, en los términos previstos en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

4.- De no ser impugnado, **ORDÉNASE** remitir lo actuado a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

ASO