

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
DESPACHO TERCERO DE LA SALA CIVIL FAMILIA
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Para ver el expediente utilice el siguiente enlace: [T-2024-0192](#)

Barranquilla, D.E.I.P., veintitrés (23) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Se decide impugnación presentada por la Fiduprevisora, actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra el fallo proferido el 11 de marzo del 2024 por el Juzgado Trece Civil Oral del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por Fanny Castro de Yáñez, en calidad de agente oficioso de su esposo Francisco Yáñez Varela contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción pueden ser expuestos así:

1. Manifiesta el agente oficioso que el señor Francisco Yáñez Varela, enfrenta una condición médica compleja al tener enfermedad de Alzheimer, ser portador de traqueostomía y gastrostomía por secuelas neurológicas postoperatorias de gliosarcoma IV, esto desde el 17 de junio del 2023, desde entonces se encuentra encamado, lo que le impide por sí solo mantener vía aérea permeable requiriendo de manera frecuente succión por cánula de traqueostomía y alimentación por vía enteral por gastrostomía, deficiencia motora severa, alteración del control de sus funciones gastrointestinales, además de presentar recientemente cuadros convulsivos a repetición.
2. El agente oficioso, la señora Fanny Castro de Yáñez, tiene 79 años y figura como cuidadora del señor Yáñez Varela. La agente oficiosa, afirma presentar hipertensión, artrosis y otras comorbilidades consecuencia de la edad. Además, menciona que está a la espera de un remplazo de rodilla que no se ha podido realizar por estar atenta a la situación de su esposo, más aún, no cuenta con la ayuda presencial de sus hijos, por estar algunos fuera de la ciudad y otros fuera del país, de esta forma limitándola a ser la cuidadora principal de su esposo, suponiendo esto un empeoramiento en su cuadro médico. Aclara que para la administración de algunos medicamentos y realización de algunos procedimientos como, por ejemplo, la aspiración de

secreciones de traqueostomía, administración de medicación y actuación ante episodios convulsivos, es necesario la intervención de personal de enfermería.

3. Presenta derecho de petición con fecha del 3 de enero de 2024 solicitando; cuidados permanentes por enfermería 24 horas 7 días a la semana, una cama hospitalaria eléctrica, nutrición enteral para diabéticos prowey DM 9 unidades de 850gr al mes y catéter para succión de secreciones calibre 14 (180 al mes) para el paciente Francisco Yáñez Varela. Para la atención integral del paciente lo anterior se necesita de forma crónica.
4. El 12 de enero de 2024 recibió respuesta negativa, donde excluyen el servicio de enfermería domiciliario y en la que no se mencionó respuesta sobre lo demás pretendido.

PRETENSIONES

Con la presente acción de tutela pretende que se tutelen los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana. Por ende, en orden de tutelar dichos derechos, solicita, que se ordene al Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio que dentro las 48 horas siguientes a la sentencia de tutela realizar las siguientes acciones:

1. suministrar cuidados de enfermería 24 horas 7 días a la semana.
2. una cama hospitalaria eléctrica.
3. nutrición enteral para diabéticos prowey DM 9 unidades de 850gr al mes y,
4. catéter para succión de secreciones calibre 14 (180 al mes) el tiempo que el señor Francisco Yáñez Varela lo requiera.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción le correspondió al Juzgado Trece Civil del Circuito Oral de Barranquilla - Atlántico, avocando conocimiento de la acción de tutela mediante auto fechado 26 de febrero de 2024. En el que se ordenó al accionado, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a los vinculados Ministerio de Educación Nacional, Clínica General del Norte, Clínica Colsanitas S.A. - Clínica Iberoamerica y al Dr. Oscar Tilano Molina, para que se pronunciaran acerca de los hechos materia de esta acción de tutela.

Recibiéndose los informes de la Clínica Colsanitas S.A. (por la Clínica Iberoamerica), Clínica General del Norte S.A.S. y la Fiduprevisora. Y el Ministerio de Educación y doctor Oscar Tilano Molina, no lo hicieron.

El Juzgado de conocimiento dicta sentencia el 11 de marzo de 2024, resolviendo tutelar parcialmente el amparo solicitado por Fanny Castro de Yáñez, en calidad de agente oficioso de su esposo Francisco Yáñez Varela, frente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Clínica General del Norte, ordenando programar y realizar una evaluación del señor Francisco Yáñez Varela por una junta médica multidisciplinar a fin de que se evalúe la necesidad del paciente de servicio enfermería y la necesidad de cama hospitalaria eléctrica.

Dicha decisión fue impugnada, únicamente por Fiduprevisora, la cual fueron concedidas en auto fechado del 22 de marzo de la presente anualidad.

CONSIDERACIONES DEL A QUO

El despacho encuentra necesario que la Clínica General del Norte en calidad de contratista y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en calidad de contratante, procedan a programar una evaluación del señor Francisco Yañez Varela por una junta médica multidisciplinar a fin de que se evalúe la necesidad del paciente de servicio enfermería y bajo que parámetros, es decir, cantidad de horas diarias y días a la semana y la necesidad de cama hospitalaria eléctrica, y posteriormente previo cumplimiento del trámite respectivo, sean entregados los concernientes insumos y/o elementos que se determinen necesarios para el tratamiento de las patologías del actor.

En lo que respecta a la entrega de insumo nutrición enteral para diabéticos prowey DM 9 unidades de 850gr, como se indicó en líneas precedentes, el especialista en nutrición del paciente ajustó su tratamiento y determina un plan nutricional hiperproteico complementado con suplemento Glucerna 220ml/8horas X 4 meses; respecto al catéter para succión de secreciones calibre 14 (180 al mes), el mismo se encuentra ordenado, no obstante, no acreditó el accionante haber solicitado a la entrega de los mismos y mucho menos que se le haya negado su entrega.

En consecuencia, el despacho tuteló parcialmente el amparo solicitado, frente a las pretensiones de la acción constitucional.

ARGUMENTO DE LA RECURRENTE

La Fiduprevisora Argumenta 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, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo se itera, no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

Fiduprevisora S.A. al ser vocera y administradora del Fideicomiso de la Nación-Ministerio de Educación Nacional o también llamado “Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”, destina Recursos para garantizar la prestación de los servicios de salud de los docentes a nivel nacional, para tal fin se contrató a las Uniones Temporales (UT), para que sean ellas quienes garanticen de forma efectiva los servicios de salud integrales a los que tienen derecho los docentes adscritos al mencionado Fondo, en este caso, se contrató a Medisalud UT para que

ponga a disposición de los Docentes los servicios de salud de forma directa. Es de esta manera, que Fiduprevisora S.A, no puede autorizar, supervisar, ni suministrar medicamentos, ni autorizar exámenes y/o procedimientos médicos, sino quien efectivamente puede proceder por su objeto social y estructura empresarial en salud, se reitera es la Organización Clínica General del Norte S.A., teniendo en cuenta el domicilio de la accionante.

Por lo tanto, solicita que se revoque y/o modifique el fallo de primera instancia por falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que respecta a Fiduprevisora S.A.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de estos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo con atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de este no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia de este, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Por ello, para entrar a resolver sobre la procedencia del amparo solicitado se hace necesario considerar Diez aspectos en cada caso concreto:

1. La legitimidad en causa activa en el peticionario, a fin de establecer si tiene o no la titularidad del derecho que invoca.
2. La legitimación en causa pasiva de quien resulta ser accionado.
3. Que el derecho en mención tenga el carácter de “constitucional fundamental”.
4. Que no exista un medio ordinario de defensa judicial de esos derechos que pueda utilizar, a menos que se interponga como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o,
5. Que, habiendo existido ese medio ordinario de defensa judicial de esos derechos, el accionante no hubiera sido remiso o negligente en su utilización.
6. Que se trata de un acto u omisión arbitrario e injusto,
7. Que no se esté en presencia de un daño ya consumado,

8. Que no se hubiera producido la cesación de la actividad o de las omisiones que vulneraban o ponían en peligro el derecho de los accionantes, antes de proferir la sentencia correspondiente,
9. Que se interponga dentro de un plazo justo y razonable.
10. Que no se trate del cuestionamiento de la sentencia de una acción de tutela anterior.

3. CASO CONCRETO

En el presente caso bajo estudio, no hay ninguna discusión sobre las conductas ordenadas por el A Quo como el mecanismo para proteger los derechos del sr. Francisco Yáñez Varela; quien impugna la sentencia de primera instancia, Fiduprevisora S. A., no cuestiona la decisión de la A Quo en cuanto al fondo de esta que concedió el amparo, ni la orden dada, sino exclusivamente en cuanto a alegar su falta de legitimación en causa por pasiva, indicando que no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, puesto que, corresponde a las Uniones Temporales, para las cuales se contrataron con dicho fin. Por consiguiente, dentro de lo pretendido en escrito de impugnación, solicita que se ordene, en este caso, a Organización Clínica General del Norte S.A., como el responsable de la prestación material para que sea esta quien se encargue de, en sí, llevar a cabo la ejecución de la orden impartida por el juez.

Revisada la parte resolutive de la sentencia del 11 de marzo de 2024, se advierte que si bien en su numeral 1°, se menciona las entidades frente a las cuales se tutela parcialmente lo pretendido en escrito de tutela, en su numeral 2° solo se le da la orden a cumplir a la Clínica General del Norte en calidad de contratista y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en calidad de contratante, y en su numeral 3° les ordenan que una vez cumplido lo ordenado, informen al despacho.

Por lo que, en principio, no se le ha dado ninguna orden directa a la Fiduciaria La Previsora S.A., como entidad financiera propiamente dicha, que afecte su propio patrimonio, la labor de sus empleados su estructura organizacional y su actividad como Fiduciaria.

La orden fue dada al Patrimonio Autónomo “Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” y en ese orden de ideas, como la Fiduciaria es actualmente la vocera y administradora de ese Fondo y su patrimonio es que en forma indirecta queda sometida a las ordenes de la sentencia de tutela.

Y, en ese sentido la orden dado por el A Quo está respetando la cabal y adecuada distinción entre las características del “Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” FOMAG, de la Fiduciaria La Previsora y las de Instituciones Prestadora de Servicios de salud que contrata como sus IPS para la prestación de los servicios que le corresponde suministrar a sus afiliados.

Frente al particular la Corte Constitucional mediante sentencia T-177 de 2017, anotó:

“5. El régimen especial de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Reiteración jurisprudencial

En consonancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social se compone, además, de unos regímenes de carácter especial, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de la normativa general. Dentro de las excepciones, figura el régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se rige por sus propios estatutos.

En aras de desarrollar el régimen en mención, se expidió la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial. Entre sus objetivos se encuentra garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales requeridos por los docentes y sus beneficiarios, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Así, los artículos 3 y 5 de dicha normativa señalan que las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales, tanto de los docentes activos y pensionados como de sus beneficiarios, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es Fiduciaria La Previsora S.A..

Seguidamente, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a este; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales activos y pensionados se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa encargada de la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

“(…) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)”.

En ese orden de ideas, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquéllos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. ^{véase nota 1²}

¹ Referencia: Expediente T-5.842.027 Demandante: *Josefina* en representación de *Mariana* Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Médicos Asociados S.A. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Se debe tener claro, como se dejó anotado en la jurisprudencia atrás transcrita que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, constituye el Fondo para todos los educadores al servicio del Estado Colombiano y que es el encargado de garantizar la atención médico-asistencial con calidad humana, agilidad y eficiencia, así como también el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las cuales tienen derecho los docentes y de pagarlas en los tiempos estipulados por las normas, en el mismo sentido llevan a cabo los procesos relacionados con la actualización de información básica y laboral, en especial, es la única entidad con la facultad para incluir o excluir afiliados en el aseguramiento en salud del régimen exceptuado del Magisterio, tal como lo define el anexo 1 de Cobertura y Plan de Beneficios para el Magisterio:

Dicho lo anterior, concluye el despacho que la legislación actual y vigente prevé que los docentes, incluidos pensionados del Magisterio, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y es este a quien le corresponde administrar su régimen de salud, en el sentido de que es el competente para incluir o excluir a un afiliado en el aseguramiento en salud, pues al tratarse de un régimen de excepción, se les restringe la posibilidad de escoger la Empresa Promotora de Servicios de Salud, lo que limita en gran medida el derecho a la libre escogencia de EPS; pues dicha obligación en efecto recae en cabeza de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del FOMAG, conforme a encargo efectuado por el Ministerio de Educación Nacional,

En este orden de ideas, que actualmente la Clínica General del Norte sea la contratista que directamente debe suministrar los médicos y elementos necesarios para cumplir materialmente la orden del A Quo no libera ni exonera al FOMAG y de contera a la Fiduciaria de sus obligaciones asumidas frente a ese Sistema Especial de Salud, para evitar que en el evento que la Previsora contrate a otro Prestador de Servicios, ese nuevo contratista pueda indicar que no era el prestador al momento de proferirse esta sentencia y quede igualmente vinculado a los efectos de la decisión de esta acción de tutela.

En ese orden de ideas, es del caso Confirmar la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Tercera de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Confirmar la sentencia del 11 de marzo del 2024 proferida por el Juzgado Trece Civil Oral del Circuito de Barranquilla por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Notificar a las partes, intervinientes y al A quo, por correo electrónico o cualquier otro medio expedito y eficaz.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Alfredo De Jesus Castilla Torres

Juan Carlos Cerón Díaz

Carmina Elena González Ortiz

-

Firmado Por:

**Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

**Carmina Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

**Juan Carlos Ceron Diaz
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a3bde455c6d0212cc83b76e5f8567866fda47a2849c2f467410901a8e45f8552**

Documento generado en 23/04/2024 11:45:38 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**