

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



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

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Para ver el expediente virtual, utilice este enlace [T-2021-00526](#)

Barranquilla, D.E.I.P., septiembre veintisiete (27) de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se decide la impugnación interpuesta por la accionada Clínica General del Norte contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Barranquilla, Atlántico, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María Esperanza Molina Peñaloza contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y salud.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

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

- 1.1. Afirma la parte accionante que, el 12 de noviembre de 2018, la Organización Clínica General del Norte, expidió dictamen médico laboral de pérdida de capacidad laboral, el cual sirvió de soporte para solicitar le fuera reconocida pensión por invalidez.
- 1.2. Indica que, mediante resolución No 108 del 15 de marzo de 2019, le fue reconocida pensión por invalidez, por los servicios prestados en la Institución Educativa INEM del Municipio de Soledad, Atlántico.
- 1.3. Que, el 28 de mayo de 2021, se enteró que se encuentra desafiliada del Fondo de Pensiones, por lo que en esa misma fecha envió vía correo electrónico solicitud a la Fiduprevisora S.A., para que esta le indicara las razones por las cuales le habían suspendido la pensión de invalidez.
- 1.4. Señala que, desde la fecha de la resolución de la pensión por invalidez, ha sido atendida en la Clínica General del Norte, hasta el 28 de junio de 2021, que fue operada por ginecología, operación que se realizó porque había sido autorizada un mes antes.
- 1.5. Manifiesta que, el 09 de julio de 2021, se dirigió a la entidad prestadora de salud, solicitando las citas para el postoperatorio, revisión de cicatrización, y los medicamento para sus patologías, sin embargo, le indicaron que se encontraba fuera del sistema.
- 1.6. Que, conforme a lo anterior, en la misma fecha, solicitó a la Fiduprevisora, le informara las causas por las que se encontraba suspendido el pago de su pensión de invalidez además de la desafiliación del servicio de salud.

1.7. Arguye que, si bien ha recibido respuesta de la Fiduprevisora, en la que le adjuntan certificado de pertenecer a este régimen al ser docente inactiva, aún se le niega el servicio de salud.

1.8. Argumenta que, nunca fue notificada de la suspensión de su pensión de invalidez, lo que vulnera sus derechos fundamentales, pues la pensión que recibía es el único ingreso que percibe, asimismo indica que, debido a sus patologías no puede estar sin el servicio de salud.

Conforme a lo anterior, solicita le sea concedida la tutela de los derechos de petición, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y vida digna y en consecuencia se ordene a la Fiduprevisora que reanude el pago de su pensión de invalidez y su reintegro al sistema de salud, para poder continuar con los tratamientos de salud.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Barranquilla, Atlántico, que, mediante auto del 29 de julio de 2021, procedió a admitir la acción constitucional, vinculando a la Clínica General del Norte, concediendo la medida provisional requerida en el escrito de tutelas, y concediéndoles el término de 02 días, para que las accionadas rindieran informe sobre los hechos que motivaron la acción constitucional.

Recibiéndose la respuesta de las partes, el Juzgado de Conocimiento mediante providencia del 13 de agosto de 2021, resolvió conceder la tutela de los derechos fundamentales de petición, salud y debido proceso y negó el amparo del derecho al mínimo vital, la anterior decisión fue impugnada oportunamente por la accionada Clínica General del Norte, siendo concedido el recurso mediante auto de fecha 24 de agosto de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA A QUO

La Juez A quo, considera que “(...) Esta sede judicial también considera que ante la aparición del estado “retirado” en las bases de datos que el FOMAG le envía a la Organización Clínica General del Norte, esta última no puede suspender el servicio médico, ya que la accionante a la hora de acercarse a las oficinas de la IPS ha aportado certificados que dan certeza de que se encuentra afiliada al FOMAG y que recibe atención médica de las entidades contratistas de éste, tal como consta en los documentos aportados.

Por lo tanto la Organización Clínica General del Norte vulnera el derecho fundamental a la salud cuando por trámites administrativos y de actualización de información no presta los servicios médicos a los que la paciente tiene derecho y en este caso concreto encuentra probada esta sede judicial, la amenaza de un perjuicio irremediable ya que los tratamientos post-operatorios son cruciales para el éxito de la cirugía y la total recuperación del paciente; si por algún motivo hay retraso en su implementación o se suprimen del todo, puede ponerse en riesgo la vida y la salud del operado, por cuanto la accionante sufre varias patologías que requieren de un chequeo y tratamiento constante por parte de la comunidad médica,

de ahí que al ser interrumpidos ese tipo de servicios sus derechos fundamentales como la vida y salud resultan abiertamente vulnerados.

(...)

En consecuencia, el despacho observa que la actora María Esperanza Molina Peñaloza no acudió a los medios idóneos y eficaces para la consecución de su petición a través de la presente acción de tutela, en tal sentido la señora, no podría prescindir de los mecanismos ordinarios para la resolución de conflicto que recae sobre el reconocimiento de pensión mínima ante el fondo de pensión, pues se desnaturalizaría la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal, ya que en el expediente de tutela no se observa solicitud de pensión mínima con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, para la realización del trámite respectivo.”

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La accionada Clínica General del Norte sustentó el recurso de impugnación, argumentando que:

Que suministra los servicios médicos a los docentes activos y pensionados y su grupo familiar, en cumplimiento del contrato celebrado con el Fondo De Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora S.A, pero no es la entidad facultada para dar cumplimiento a las disposiciones consignadas en la Sentencia de Tutela calendada en Agosto 13 de 2021, una vez más reiterando que la Organización Clínica General Del Norte es una IPS y solo presta servicios de salud.

Que, la providencia proferida por el Juzgado Séptimo de Familia del Circuito de Barranquilla señala en los numerales quinto y sexto: ...”Ordenar inmediatamente a la IPS Clínica General del Norte, reanudar la prestación de los servicios médicos post-operatorios, servicios médicos regulares, entrega de medicamentos, procedimientos integrales...”, ordenamientos a los cuales se opone totalmente, reiterando una vez más, que su representada IPS Clínica General Del Norte S.A es una IPS contratada para la prestación de los servicios de salud, en conformidad a los pliegos de condiciones y lineamientos establecidos por el Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Fiduprevisora S.A, entidades que ostentan la calidad de EPS adaptada y aseguradores primarios, NO son los encargados ni facultados para realizar afiliaciones o desafiliaciones por lo que el Juez de Tutela les ordena cumplir un imposible o en su defecto, una orden que desde todo punto de vista está supeditada a la gestión que realice Fiduprevisora S.A, al ser la única entidad que puede reactivar o afiliar a los docentes activos, beneficiarios, pensionados y su grupo familiar, pues es la única manera en que la IPS, puede reanudar la prestación de servicios de salud, que aclaran que, nunca se han negado a suministrar y simplemente se ciñen y trabajan con la base de datos de usuarios que mensualmente les envía Fiduprevisora S.A.

Que, la Fiduprevisora S.A., es la única facultada para materializar las órdenes impartidas por el Despacho, a quien le fue otorgada la función por parte del FOMAG, de las afiliaciones y quienes establecen los términos para las afiliaciones de los docentes y su grupo familiar. Que, en atención de la providencia de tutela dictada por el Despacho, nuevamente procedimos a realizar validación en los módulos de afiliaciones de la IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A, el día 19 de agosto de 2021, evidenciando que la señora

Sala Segunda de Decisión Civil Familia

Sitio Web: [Despacho 003 de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Barranquilla](#)

Correo: Scf03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

María Esperanza Molina Peñaloza identificada con la cedula de ciudadanía No. 32.721.562, verificada la trazabilidad de las novedades reportadas por Fiduprevisora, continua en estado RETIRADO desde fecha (30 junio de 2021) bajo la causal Terminación de Vinculación Provisional como cotizante docente, razones por las cuales no estamos llamados a la prestación de servicios, teniendo en cuenta, que son una IPS contratada para la asistencia en salud de los usuarios que reporten en estado Activo, dentro de la base de datos que mensualmente les envía Fiduprevisora S.A.

Que, por consiguiente, todas las ordenamientos que sean dictaminados deben ser direccionadas a la correcta entidad que está facultada para realizar afiliaciones, desafiliaciones, retiros y demás, llamada Fiduprevisora S.A, como administradora del Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio y quien envía la base de datos a esta Organización mensualmente como IPS contratada para la prestación de los servicios médicos en salud de las personas vinculadas al Régimen especial del magisterio y su grupo familiar.

Por lo anterior, solicita sea revocada la providencia de primera instancia y sea modificada en el sentido de ordenar única y directamente a la Fiduprevisora S.A. la activación de la señora María Esperanza Molina, en la base de datos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que mensualmente es enviada a la Organización Clínica General del Norte por Fiduprevisora para la prestación de los servicios médicos y/o hospitalarios.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde al Despacho establecer en la presente acción tutelar hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia, la cual tuteló los derechos fundamentales de petición, salud y debido proceso de la señora María Esperanza Molina Peñaloza y negó la tutela del derecho al mínimo vital solicitado por la accionante y le ordenó a la Fiduprevisora S.A., realizar el trámite administrativo a que haya lugar para la reactivación de la pensión de invalidez reconocida a la señora María Esperanza Molina Peñaloza y a la Clínica General Del Norte, reanude la prestación de los servicios médicos post-operatorios, servicios medios regulares, entrega de medicamentos, demás actuaciones y procedimientos integrales a María Esperanza Molina Peñaloza de la forma en la que los médicos tratantes han dispuesto.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a 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 los mismos, 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 a 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 éste 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 del mismo, 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.

CASO CONCRETO

En este asunto, no se trata del general evento de que a una persona incluida en el Sistema de Salud se le niegue o pretermita la prestación de un determinado tratamiento o medicamento que le hayan ordenado sus médicos tratantes, estamos ante la total suspensión del servicio de salud de la accionante a consecuencia de su desafiliación de servicio de salud con base en que ella informa que se le canceló la prestación de la pensión que venía recibiendo.

Estando ella, en el especial sistema de salud organizado a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, cuya IPS actual es la Clínica General del Norte; donde la A Quo fraccionó esa situación para ordenar por un lado (numeral 3º) a la Fiduciaria administradora de ese Fondo efectuar los trámites para reactivar a la accionante en su pensión de invalidez, pero sin establecer un plazo preciso para esa conducta, decisión que no fue recurrida por ninguno de los intervinientes en esta acción.

Y en los numerales 5º y 6º ordenó la IPS Organización Clínica General del Norte S.A reanudar “inmediatamente” la prestación del servicio de salud a la accionante y no suspenderlo, lo cual fue impugnado por ésta indicando que tal orden debe darse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG y no directamente a ella.

Ahora bien, se tiene que, el recurso de impugnación interpuesto por la Clínica General del Norte, está dirigido, no a que se cancele la orden de suministrar esos servicios de salud, sino a que se modifique la redacción de providencia de primera instancia, en el sentido de ordenar y directamente a la Fiduprevisora S.A. la activación de la señora María Esperanza Molina, en la base de datos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que mensualmente es enviada a la Organización Clínica General del Norte por FIDUPREVISORA para la prestación de los servicios médicos y/o hospitalarios.

En principio, se indicaría que, si en cumplimiento de lo ordenado en el numeral 3º antes referenciado, el FOMAG restablece a la señora Molina Peñaloza en el Régimen Pensional del que se indica fue retirada, cesaría su desafiliación al servicio de salud que es dependiente de esa prestación y las cosas regresarían a la normalidad en el sentido que la IPS, le prestaría los servicios en esa calidad de afiliada.

Sin embargo, es reiterada la situación de varias providencias de tutela que no hacen la cabal y adecuada distinción entre las características del FOMAG y las de entidades 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 véase nota ¹, 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..

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

Seguidamente, el artículo 6º 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 1º y 2º del artículo 5º 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 5º 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 3º-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.”

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 esta a quien le corresponde administrar su régimen pensional, 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, considera la Sala, le asiste la obligación a la Fiduprevisora S.A., de proceder a la reanudación del servicio de Salud de la señora María Esperanza Molina Peñaloza en dicho régimen de salud, mientras se resuelve lo correspondiente al restablecimiento del

régimen pensional por invalidez, empero ello no conlleva la exclusión de la Clínica General del Norte, pues ella es la entidad que se encarga directamente de prestar ese servicio de salud.

Conforme a lo anterior, se modificarán los numerales 5º y 6º de la providencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Barranquilla, Atlántico, de fecha 13 de agosto de 2021.

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

RESUELVE

Modificar los numerales 5º y 6º de la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Barranquilla, de fecha 13 de agosto de 2021, los cuales quedarán así:

5º Ordenar a que inmediatamente a la notificación de la sentencia el **Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio -FOMAG-** administrado por la **Fiduprevisora S.A.**, a través de su contratada la **IPS Organización Clínica General del Norte S.A** reanude la prestación de los servicios médicos post-operatorios, servicios medios regulares, entrega de medicamentos, demás actuaciones y procedimientos integrales a **María Esperanza Molina Peñaloza** de la forma en la que los medios tratantes han dispuesto, por expresado en la parte motiva de esta decisión.

6. Conminar al **Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio -FOMAG-** administrado por la **Fiduprevisora S.A.**, a través de su contratada la **IPS Organización Clínica General del Norte S.A** a que en lo sucesivo se abstenga de negar o interrumpir la prestación de los servicios médicos integrales a **María Esperanza Molina Peñaloza**, por lo expresado.

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

Notifíquese por correo electrónico, telegrama o por cualquier medio expedito a la funcionaria de primera instancia, la accionante, las entidades accionadas y vinculadas la presente decisión.

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

CARMENA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ

CATALINA ROSERO DIAZ DEL CASTILLO

-

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

Catalina Rosero Díaz Del Castillo
Magistrado
Sala 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:
4483c72485bb4911c2952988d84d633a2b230ab99bcb613dbba2c8106f84d6e9
Documento generado en 27/09/2021 04:28:21 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>