



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

RAD. T. 20.00089.00

Santa Marta, Veintiséis (26) de Agosto de Dos Mil Veinte
(2020).

Procede el Despacho a decidir la tutela impetrada por **DIANA DURÁN GIL** contra **FIDUPREVISORA** y el **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

La accionante, solicita que se proteja sus derechos fundamentales de vida y petición, los que presuntamente resultaran vulnerados por la entidad accionada, dentro del siguiente marco de circunstancias fácticas:

La accionante afirma ser paciente y usuaria afiliada al sistema de salud del magisterio del Magdalena FIDUPREVISORA FOMAG – CIÉNAGA – en calidad de compañera permanente de ALFREDO JOSÉ BOLAÑO GUERRERO, y diagnosticada con ESCLEROSIS MÚLTIPLE desde hace 20 años.

Señala que el 2 de abril de 2020 falleció su compañero permanente siendo éste pensionado del magisterio del

Magdalena, y que desde el día 21 de abril de 2020 fue desactivada de los servicios médicos del magisterio.

Manifiesta que con ocasión del estado de emergencia por la pandemia COVID – 19 y en consideración al aislamiento social decretado por el Gobierno Nacional, le ha resultado casi imposible reunir los requisitos básicos necesarios para solicitar primero la resolución de pensión de su compañero permanente fallecido, lo cual se efectuó mediante petición radicada con el número CIE2020ER002631 del 30 de junio de 2020, y luego la sustitución pensional a través del requerimiento CIE2020ER003031 del 28 de julio siguiente, ambas solicitudes incoadas ante la Secretaría de Educación de Ciénaga Magdalena, quien se ocupa de tramitar las reclamaciones previamente relacionadas ante FIDUPREVISORA – FOMAG.

Refiere que el 28 de julio de 2020 se presentó solicitud de reafiliación al sistema de salud del magisterio en cabeza de FIDUPREVISORA –FOMAG por medio de correo electrónico servicioalcliente@fiduprevisora.com.co, arguyendo su calidad de compañera permanente del fallecido pensionado ALFREDO JOSÉ BOLAÑO GUERRERO.

Manifiesta que la anterior solicitud que realizó llevaba mensaje de urgencia en virtud de su condición médica, dado que la medicina que le recetan igual es de alto costo y no la ha podido volver a recibir por estar desafiada del sistema, esto es desde hace 4 meses. Tales insumos son:

1. INTERFERON BETA-IB 25000 MG SOL INY APLICAR 1 AMPOLLA INTERDIARIA MILIGRAMO INTRAMUSCULAR CANTIDAD 15 POR 30 DIAS.
2. PREGALINA 300 MG 1 TAB CADA 12 HORAS POR 90 DIAS X TRES MESES.

Advierte que tales órdenes se renuevan cada tres meses o seis meses, son medicina de por vida y su administración varía según concepto del especialista. Señala que cada inyección tiene un costo promedio de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00), lo cual resulta prácticamente imposible comprar por no laborar.

Explica que los canales de comunicación de FIDUPREVISORA – FOMAG que se encuentran determinados en la página web de dicha entidad, tales como teléfonos y formatos de inscripción de solicitudes al FOMAG, han resultado inocuos por cuanto no permiten radicar directamente su solicitud por allí, por lo que se vio obligada a realizar su solicitud por correo electrónico.

Indica que desde la radicación de la solicitud del 28 de julio de 2020 la accionada no le ha proporcionado respuesta alguna, al punto que, afirma, ni siquiera le ha contestado para manifestarle el número de radicado de su solicitud.

Expresa que se encuentra en estos momentos en mal estado de salud y requiere atención y suministro inmediato de los medicamentos solicitados. Por tal razón, reclama se amparen sus derechos fundamentales vulnerados y en consecuencia, se ordene a la accionada la reafiliación al sistema de salud del magisterio del Magdalena a DIANA CECILIA DURÁN GIL, de igual modo, se ordene de forma inmediata el suministro de los medicamentos generados mediante orden médica ya citada.

Así mismo, que se ordene a FIFUPREVISORA – FOMAG garantizar de forma inmediata los tratamientos y órdenes de especialista cita de control neurología.

ACTUACIÓN DEL JUZGADO

Habiéndole correspondido el conocimiento de la presente acción tutelar, este Despacho mediante auto del pasado 12 de agosto de 2020, la admitió y ordenó la notificación de rigor, concediendo a las entidades accionadas el término de 2 días para que se pronunciaran acerca de los hechos allí expuestos, de igual modo, se ordenó la vinculación de MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CIÉNAGA, la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y la SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL de esta ciudad.

El MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL explicó en su respuesta que es ajeno a los hechos que suscitan la presente acción de tutela, pues lo relatado en ella recae sobre el ámbito de competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG-FIDUPREVISORA S.A., teniendo en cuenta que se trata de un reconocimiento prestacional, adicionalmente se debe establecer que ante el Ministerio de Educación Nacional no se ha efectuado solicitud alguna relacionada con la accionante de ningún tipo. De otro lado, advierte que lo relatado en la presente acción de tutela recae sobre el ámbito de competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG-FIDUPREVISORA S.A., teniendo en cuenta que se trata de un reconocimiento prestacional, como en el presente caso relacionado con el reconocimiento y pago de sustitución pensional.

Manifestó además que no existe solicitud por parte de las víctimas, situación que no se verifica en este caso, ya que sin mediar derecho de petición alguno la accionante acude directamente a la acción de tutela reclamando la protección de un derecho sin que le hayan dado la oportunidad a dicha entidad de pronunciarse sobre el trámite adecuado y sin haber acreditado la causación de un perjuicio irremediable.

Por su parte, la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE indicó que no le corresponde atender las solicitudes relativas a afiliaciones y desafiliaciones, siendo esto competencia de FIDUPREVISORA, señala que solo son una IPS que suministra atención médica a personal debidamente afiliado.

Finalmente, FIDUPREVISORA dio respuesta señalando que en lo referente a la solicitud hecha por la actora y que originó la presente acción, aclara que luego de revisar el aplicativo interinstitucional donde se consigna toda la información de las peticiones radicadas en esta entidad financiera, no se encontró la petición a la que se hace referencia, advierte así mismo la accionada que tampoco fue aportado un número de radicado asignado por dicha entidad y/o guía de servicio de empresa de mensajería, por lo que concluye que la petición no ha sido recibida por parte de Fiduprevisora S.A. No obstante, manifiesta que se procedió a realizar la búsqueda por el aplicativo institucional Orfeo el cual es el medio de radicación de la entidad accionada FIDUPREVISORA S.A. sin que se hallara la radicación del derecho de petición mencionado por la accionante.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El mecanismo de la acción de tutela fue diseñado por el constituyente del 91 para proteger y restablecer los derechos fundamentales de las personas en la eventualidad que por actuaciones de las autoridades o de los particulares se vean afectados, siempre y cuando se carezca de otro medio de defensa judicial eficaz para el asunto y ello haga forzosa la actuación del juez constitucional. Tal acción fue regulada por el Decreto 306 de 1992.

Ella se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, y aunque en principio está consagrado como un arma de contención protectora de los Derechos Fundamentales a utilizar en contra de las autoridades públicas, en el inciso final del artículo mencionado se amplía la posibilidad de ser utilizado contra particulares, porque estos "...en forma quizás más reiterada y a menudo más grave..." atentan contra los Derechos fundamentales del individuo, dejando a consideración del legislador los eventos en que se haría procedente.

De igual modo, ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que el carácter subsidiario de la acción de tutela implica que, por regla general, ella no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste no resulte eficaz para proteger el derecho fundamental involucrado o que se esté frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual la tutela procede como mecanismo transitorio, hasta tanto la autoridad correspondiente se pronuncie de fondo sobre la materia objeto de litigio. De esta forma, por regla general, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales mientras no exista otro mecanismo de defensa judicial y siempre que la carencia de algún medio de amparo no obedezca a la propia incuria del interesado.

Según lo anterior, es preciso señalar que el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario, estando este mecanismo constitucional reservado para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos procedimientos [administrativos o judiciales] dispuestos para la protección de los derechos de los conciudadanos, no para suplirlos; pues de otra manera, la acción de tutela perdería completamente su eficacia. Es necesario en efecto evitar así darle a la acción de tutela un

enfoque y alcance equivocados, particularmente en lo que tiene que ver con los criterios jurídicos de procedibilidad, los cuales atendiendo a lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial.

En el presente caso la actora alega vulnerados sus derechos a la vida y el de petición, en consideración a que como compañera permanente de quien se encontraba afiliado a los servicios de salud del magisterio, al fallecer éste, deja de recibir su condición de beneficiaria, viéndose afectados los tratamientos que venía recibiendo. Por lo que solicita sustitución pensional, y mientras se decide esta, se le continúe prestando los servicios médicos.

El derecho a la salud hace parte del concepto de lo que se denomina Seguridad Social, la que se materializa a través de un sistema que contiene el conjunto de reglas y principios que regulan su contenido fundamental en esta materia y las formas para su organización y funcionamiento, con miras a asegurar la prestación del servicio público esencial de salud, mediante la creación de las condiciones para el acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención, con arreglo a los principios constitucionales y a los específicos señalados por el legislador, de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad (L. 100/93, arts. 152 y 153).

La salud hace parte de la seguridad social, y frente a ella la Honorable Corte Constitucional ha señalado en cuanto al régimen especial de seguridad social del cuerpo docente¹:

¹ Sentencia T-971 de 2012.

El régimen de seguridad social en salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

8. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se crean los parámetros generales para el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, teniendo fundamento en el artículo 48 de la Constitución, el cual establece entre otras cosas que “[!]a Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. Sin embargo, el artículo 279 de la misma ley estableció una serie de regímenes especiales que no hacen parte del sistema general y conforman regímenes especiales. Lo anterior implica que los afiliados a los regímenes especiales se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales que aplican al Sistema Integral.

Dentro de las personas excluidas del régimen general se encuentran, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales están sujetos a la normativa existente para este régimen especial.

9. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra regulado por normas especiales, así:

- La **Ley 91 de 1989**, en la que se establece que el Fondo es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta. Adicionalmente, tiene como finalidad primordial la eficaz administración de los recursos de la cuenta especial de la Nación.

El medio que la Ley determinó para que se hicieran las atenciones prestacionales fue el de la fiducia (actualmente en cabeza de la Fiduciaria La Previsora S.A.), que es el medio que se ha venido utilizando desde la expedición de la ley en comento para cumplir con la garantía del derecho a la seguridad social establecida en la Constitución Política.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene como función general la de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizados que se encuentren vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales[7]. Dentro de las funciones específicas se encuentra la de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, a través de las entidades que determine el Consejo Directivo del Fondo.[8]

- Por otra parte, el **Acuerdo 04 de 22 de julio 2004** del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableció un nuevo modelo de prestación de servicios de salud para sus afiliados. En dicho Acuerdo se dispuso aprobar el nuevo modelo de prestaciones de servicios de

salud para el Magisterio, el cual tiene como características fundamentales ser un régimen especial y contar con una cobertura a nivel nacional, incluyendo a los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente de éste y se encuentren estudiando, a los hijos del afiliado con discapacidad permanente sin límite de edad y a los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado.

- Adicionalmente, en el **Acuerdo N ° 013 del 30 de diciembre de 2004**, el Consejo Directivo del Fondo en cuestión aprobó ciertos cambios en las condiciones para la prestación de los servicios de salud de los afiliados y beneficiarios del Fondo, se determinó como usuarios a: (i) docentes activos y docentes pensionados, (ii) beneficiarios de los afiliados: cónyuge o compañero (a) permanente, hijos hasta los 18 años de edad, hijos entre los 19 y 25 años que se encuentren estudiando, hijas en estado de embarazo, nietos recién nacidos hasta los primeros 30 días de edad y los padres del educador que dependan económicamente de éste y no sean pensionados[9].

- Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 03 del 10 de marzo de 2006, en cumplimiento de la Sentencia T-015 del veinticinco (25) de enero de dos mil seis (2006) de la Corte Constitucional, por medio del cual se incluyó la modalidad de cotizantes dependientes en los servicios médico asistenciales.

Antes de pronunciarnos sobre la concreta vulneración alegada, examinaremos los requisitos de procedibilidad.

Frente al requisito de la legitimación activa, en este caso la demanda tutelar es formulada por **DIANA DURÁN GIL**, afectada directa, pues es quien afirma verse perjudicada por la exclusión del sistema de salud del magisterio. En cuanto a la legitimación pasiva, nótese que efectivamente se acciona contra el FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA por presuntamente haber desafiliado a la accionante de los servicios de salud. De igual modo, se advierte que su interposición resulta oportuna, y por estar de por medio el derecho a la salud y presuntamente en riesgo la vida, se admite que excepcionalmente se acuda a las vías de tutela.

Habiendo dilucidado el aspecto de la legitimación tanto activa como pasiva, en el estudio de los requisitos de procedibilidad,

pasaremos concretamente a estudiar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pues de lo contrario, el objetivo del Constituyente al consagrarla resulta desvirtuado en cuanto se le utilice para fines distintos. Ha de repetirse que el amparo constitucional se consagró para restablecer los derechos fundamentales conculcados o para impedir que se perfeccione su violación si se trata apenas de una amenaza, pero que, de todas maneras, su presupuesto esencial, insustituible y necesario, es la afectación -actual o potencial- de uno o varios de tales derechos, que son cabalmente los que la Carta Política quiso hacer efectivos, por lo cual la justificación de la tutela desaparece si tal supuesto falta.

Por otra parte, el Manual del Usuario² del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO prevé frente a la desvinculación de sus afiliados

6. DESAFILIACIÓN Y SUSPENSIÓN El prestador tendrá áreas y funcionarios que atenderán lo relacionado con este tipo de novedades, entendiéndose así, las principales causas que lo originan: Desafiliación o pérdida de la calidad de Beneficiario Es el evento en que el docente queda desvinculado en forma temporal o definitiva de la nómina de Magisterio, o en el que uno o todos los beneficiarios cubiertos dentro del plan de beneficios del régimen de excepción, pierde la calidad de beneficiario. Cuando el docente se retira en forma temporal o definitiva de la nómina del Magisterio, por causa distinta a haber adquirido el derecho a la pensión, por perder su calidad de afiliado al FNPSM, dejará de estar afiliado y por tanto. Dejará de ser reportado a la entidad contratista una vez transcurran tres (3) meses a partir del momento en que cesa su vinculación laboral con la entidad nominadora o contratante.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la controversia si bien empieza en un tema de naturaleza eminentemente relativo a la seguridad social, no es menos cierto que en este régimen la atención por el sistema depende en gran medida de la relación que se tiene con éste. Esto es, que deberá ser miembro activo o retirado del magisterio o parte de su núcleo familiar.

² https://www.servisalud.com.co/pdf/Manual_del_Usuario_FOMAG.pdf

Sin embargo, a pesar de ello, frente a este último escenario, la accionante ha perdido la calidad de beneficiaria por la muerte de su compañero permanente. Así mismo, y de conformidad con lo normado por el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 la Secretaría de Educación certificada a la cual se encuentre afiliado el docente es la competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación económica, que en el caso objeto de reclamación es la Secretaría de Educación del municipio de Ciénaga, que a pesar de ser notificada de la presente acción guardó silencio.

No obstante, se debe tener en cuenta que, para poder acceder al beneficio reclamado, la actora asegura haber iniciado los trámites para que se le reconozca como sustituta del causante y en consecuencia, acceder a la prestación económica que daría lugar a la afiliación. Ahora bien, se observa que el extremo activo allegó al plenario capturas de pantalla que dan cuenta de la radicación de la solicitud identificada con el número CIE2020ER003031, y que fue radicada ante el portal SAC del Ministerio de Educación Nacional que agrupa los trámites de las distintas Secretarías de Educación del país.

Así las cosas, se evidencia que la accionante radicó el 28 de julio de la presente anualidad una solicitud que se identifica como de sustitución pensional. Sin embargo, debe advertirse que, como se mencionó, tal trámite debe iniciarse ante la secretaría de educación ante la cual estaba vinculado el actor, que en el presente asunto según lo narrado sería la Secretaría de Educación del municipio de Ciénaga, quien debe dar razón del estado de dicho trámite.

No obstante, esta última, a pesar de haber sido enterada de la acción objeto de estudio, guardó silencio. Así las cosas, queda claro que se dio inicio a unas gestiones encaminadas al reconocimiento de la actora como sustituta del fallecido

ALFREDO JOSÉ BOLAÑO GUERRERO, sin embargo, no se vislumbra gestión alguna que haya sido adelantada en tal sentido por las obligadas al reconocimiento y pago de la prestación económica a que aspira la peticionaria.

En ese orden de ideas, es un hecho que la atención de la actora dependía de la relación que esta tenía con el causante, y al fallecer éste sin que el extremo activo detentara la calidad de sucesora, automáticamente cesa la obligación de la accionada de suministrar servicios de salud.

Empero, ello no puede suponer el desamparo de la peticionaria, pues ha quedado en evidencia la necesidad de atención médica en función de la patología que sufre, por lo que, en tal circunstancia, al tratarse de una persona que manifestó carecer de recursos para proveerse de servicios de salud. En ese orden de ideas, y atendiendo a una interpretación analógica de la disposición relativa a la desafiliación contenida a su vez en el Manual del Usuario del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se ordenará a FIDUPREVISORA mantener la afiliación en dicha entidad por el término de 3 meses contados a partir de la notificación del presente proveído, término durante el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA y FIDUPREVISORA deberán adelantar las gestiones necesarias para determinar si la actora cuenta o no con el derecho de sustituir a su compañero permanente.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de Santa Marta, Administrando Justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO CONCEDER el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la vida y petición, reclamados por **DIANA DURÁN GIL** dentro de la acción de tutela seguida contra **FIDUPREVISORA** y el **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: En consecuencia se ordenará a **FIDUPREVISORA** mantener la afiliación en dicha entidad por el término de 3 meses contados a partir de la notificación del presente proveído, término durante el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA y FIDUPREVISORA deberán adelantar las gestiones necesarias para determinar si la actora cuenta o no con el derecho de sustituir a su compañero permanente.

TERCERO: Una vez notificado, si no resultare impugnado envíese la presente acción constitucional a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,



MÓNICA GRACIAS CORONADO

Jueza

