REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

Expediente:	**19001-33-31-005-2016-00379-01**
Actor:	**FERNANDO VARGAS NAVIA**
Demandado:	**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Acción:	**TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la parte actora, contra la sentencia No. 248 del 30 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en la cual se decidió declarar improcedente la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. EL ESCRITO DE TUTELA (fls. 1 a 13)

El señor FERNANDO VARGAS NAVIA identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.529.552, en condición de Presidente y Representante Legal de la Asociación de Institutores y Trabajadores de la Educación del Cauca- ASOINCA, instauró acción de tutela en contra del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de confianza legítima, violación del derecho a la salud y la seguridad social.

En consecuencia, solicitó que "*...en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, separar al Departamento del Cauca del Valle del Cauca o cualquier otro Departamento, para la contratación de la prestación del servicio de salud de los docentes oficiales y sus familias, tal y como lo pactara el Viceministro de Educación con el sindicato ASOINCA en los diferentes acuerdos firmados con ellos, para garantizar un servicio de salud eficiente y oportuno en el que prevalezca la salud y la vida del usuario antes que el lucro del contratista*".

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el actor expuso en síntesis los siguientes hechos:

Indicó que la Ley 91 de 1989 creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), como un patrimonio autónomo al servicio de los docentes oficiales de Colombia.

Precisó que dicha ley, en el numeral 2 del artículo 5, asignó al FOMAG la obligación de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes afiliados y sus familias; luego, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptuó al magisterio de la aplicación de sus disposiciones para preservar las garantías establecidas en la Ley 91 de 1989.

Mencionó que al Consejo Directivo del FOMAG, integrado por 5 miembros con voz y voto, 3 del Gobierno Nacional y 2 de FECODE, le corresponde determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.

Destacó que en el año 2011 el FOMAG realizó el proceso de Selección Pública Licitación Pública - FNPSM 003 de 2011- cuyo objeto era: Contratar la prestación de los servicios de salud para los afiliados, pensionados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el territorio nacional. Para esta ocasión, se dividió el país en 5 regiones, siendo la No. 1 donde ubicaron al Cauca con los Departamentos de Huila, Caquetá, Nariño, Putumayo y Valle del Cauca.

Expresó que para la Región 1 fue seleccionado el proponente UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, integrada por las mismas personas que habían conformado la otra participante de la licitación, el 02 de agosto de 2012.

Afirmó que durante los 4 años de servicios de MAGISALUD 2 en el Cauca, ha existido inconformidad general con el servicio de salud brindado a los docentes y sus familias.

En especial, destacó que como la Clínica REY DAVID de la ciudad de Cali es de propiedad de quienes integran la Unión Temporal MAGISALUD 2, la mayor parte del servicio se remite a esa Clínica, a pesar de que el mismo puede prestarse en Popayán u otros municipios del Departamento del Cauca.

Advirtió que este descontento condujo al sindicato ASOINCA a buscar una alternativa diferente para la prestación del servició de salud, proceso que se adelantó con la intervención del Ministerio de Educación y funcionarios de la FIDUPREVISORA.

Expuso que fruto del proceso descrito, se firmaron las siguientes actas de compromiso:

- *Acta de Compromiso de fecha 15 de Abril de 2.016*, suscrita entre el Gobierno nacional, en cabeza del Viceministro de Educación Nacional, Doctor Víctor Javier Saavedra Mercado, el gobierno Departamental, en cabeza del doctor Oscar Rodrigo Campo Hurtado, el gobierno municipal de Popayán, en cabeza del doctor César Cristian Gómez Castro y ASOINCA, donde entre otras cosas se acordó, que la prestación del servicio médico asistencial para los maestros del Cauca sería de carácter Departamental y que además se le buscaría la viabilidad jurídica para que los maestros del Cauca administraran autónomamente sus recursos de salud a través de ASOPROSALUD.

- *Acuerdo del 2 de Septiembre de 2.016* suscrito entre el Gobierno nacional, en cabeza del Viceministro de Educación Nacional, Doctor Víctor Javier Saavedra Mercado, el gobierno Departamental, en cabeza del doctor Oscar Rodrigo Campo Hurtado, el gobierno municipal de Popayán, en cabeza del doctor César Cristian Gómez Castro y ASOINCA, donde entre otras cosas se acordó, que la prestación del servicio médico asistencial para los maestros del Cauca sería de carácter Departamental y que además se constituiría una organización de carácter público en cabeza del Departamento del Cauca y el Municipio de Popayán para la prestación el servicio médico asistencial de los maestros del Cauca y sus Familias. Resalta que este acuerdo se logró gracias a la huelga declarada a partir del 8 de agosto de 2016.

  "Del proceso anterior, quedó como un compromiso que el Departamento del Cauca tendría el servicio de salud de manera independiente, esto es, sin integrarlo a región alguna con otros departamentos, lo que permitiría fortalecer la red pública de salud del Cauca, reducir los costos de la intermediación y mejorar el servicio, sin obligar al usuario a trasladarse a un centro de salud en particular, cuando no sea absolutamente necesario."

El actor manifestó que a pesar de los acuerdos suscritos, el Consejo Directivo del FOMAG, a fecha 11 de octubre de 2016, publicó los pre-pliegos para el proceso de selección de los contratistas prestadores del servicio de salud del magisterio y en el mismo, dividiendo al país en regiones nuevamente, y uniendo al Departamento del Cauca con el Departamento del Valle del Cauca.

Destacó que por memorial del 5 de octubre de 2016, ASOINCA reclamó el respeto de los acuerdos firmados ante el Ministerio de Educación.

Expresó que el Consejo Directivo del FOMAG cambió la decisión de integrar una región con VALLE DEL CAUCA y CAUCA y en lugar de ello, sin concertación alguna con los docentes, se pasó al Cauca a la región compuesta por los Departamentos de NARIÑO, PUTUMAYO, CAQUETÁ, situación que también fue objetada por ASOINCA por oficio del 12 de octubre de 2016.

Afirmó que en reunión subsiguiente, el Consejo Directivo del FOMAG volvió a integrar al Cauca con el Departamento del Valle del Cauca.

El accionante estimó como carente de objetividad las determinaciones del FOMAG y las juzga como arbitrarias, enfatizando el incumplimiento de los acuerdos suscritos con ASOINCA.

Mencionó que con la intervención del Departamento del Cauca, el Municipio de Popayán y la red pública de salud del Cauca se ha organizado una propuesta de UNIÓN TEMPORAL para contratar la prestación del servicio de salud del magisterio caucano, pero esta propuesta solamente puede hacerse efectiva si la contratación se hace para el Departamento del Cauca tal y como se acordó con el Ministerio de Educación.

Arguyó que en el presente caso, el Ministerio de Educación, a través del Viceministro y otros funcionarios de alto nivel, se comprometieron por escrito a garantizar al magisterio del Cauca la separación para la prestación del servicio de salud de cualquier otro departamento, sin embargo, la decisión final es de integrar una región con los departamentos de Valle del Cauca y Cauca, lo cual representa un incumplimiento del compromiso adquirido que se traduce en mantener a los docentes del Cauca y sus familias en las mismas condiciones precarias de prestación del servicio que se ha tenido hasta hoy; de esta manera, sostiene que los accionados han violado el Principio de la CONFIANZA LEGITIMA.

De otra parte, señaló que la decisión del Ministerio de Educación y el Consejo Directivo del FOMAG de integrar a los docentes al Valle del Cauca o a los Departamentos de Nariño, Putumayo y Caquetá, viola sus derechos fundamentales a la salud y la seguridad social, pues nuevamente los obliga a recibir en otros Departamentos los servicios que puede prestar la red de salud del Cauca, cuando lo pertinente por EFICIENCIA es que cada usuario sea atendido oportunamente en el lugar más próximo a su residencia.

La presente acción de tutela fue coadyuvada por 3.277 personas (fls. 109 a 193 y 238 a 290).

2. INTERVENCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

2.1. EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN (fls.220 a 296)

Expuso que no es cierto que el Gobierno Nacional haya acordado con ASOINCA que la prestación del servicio médico asistencial para los maestros del Cauca sería de carácter Departamental, y que además se le buscaría viabilidad jurídica para que los maestros caucanos administraran autónomamente los recursos de salud a través de ASOPROSALUD, pues en primer lugar, en el acta de la reunión del 15 de abril de 2016 sólo se dispuso que *"El Ministerio de Educación Nacional está de acuerdo con la propuesta realizada por ASOINCA de prestar de forma departamentalizada el*

servicio de salud en Cauca", y en segundo lugar, porque hablar del Gobierno Nacional implica abarcar al Presidente de la República, quien no participó del acuerdo.

Manifestó que independientemente del sentido de los acuerdos a que hubiesen llegado entre el Ministerio de Educación y ASOINCA, la operativización de los mismos requiere la aprobación del órgano colegiado con competencia para definir la departamentalización de los servicios de salud de los docentes del Departamento del Cauca.

Sobre el particular indicó que si bien el FOMAG tiene a su cargo, entre otros objetivos, la garantía de la prestación de los servicios médico asistenciales, conforme lo establece el artículo 5º de la Ley 91 de 1989, estos se contratan con entidades de acuerdo con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, el cual está integrado por los siguientes miembros:

1. El Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.
4. Dos representantes del Magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor de número de asociados docentes.
5. El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.

Afirmó que honrando su compromiso, y siendo consciente de que sólo representa un voto de los miembros del Consejo Directivo del FOMAG, buscó alternativas que viabilizaran la propuesta de ASOINCA, tan es así que llevó a cabo con ésta una serie de reuniones en las fechas 26 de abril, 04 y 26 de mayo, 14 y 16 de junio de 2016 con miras a la consolidación de la misma.

Refirió que el 28 de julio de 2016 se reunió con el equipo de asesores expertos de la FIDUPREVISORA S.A. encargados de estructurar el documento de selección de contratistas para la prestación de los servicios médico asistenciales del Magisterio, a quien le solicitó estudiar la viabilidad técnica de la propuesta de la departamentalización del servicio.

Precisó que el equipo de asesores le expuso al Consejo Directivo del FOMAG su conclusión sobre lo solicitado, informando que el criterio base para determinar la departamentalización del servicio de salud docente, es contar con una población de entre 47.000 y 100.000 afiliados al FOMAG, pues en caso de contar con menos afiliados, la capacidad de negociación de tarifas con las Instituciones Prestadoras de Salud, en especial las de mayor complejidad, así como algunos servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico e incluso medicamentos e insumos, se reduce dramáticamente, sin contar los costos de administración e intermediación, que al contar con un número menor de afiliados serían muy elevados.

Este concepto fue adoptado por el Consejo Directivo del FOMAG, elevándolo al Acuerdo 09 de 2016, por lo cual las regiones que se conformaron para el nuevo proceso de contratación parten de tal disposición, a saber: *"Ámbito Regional. Se mantiene la contratación por regiones, pero se aprueba la recomendación del grupo de expertos para constituir regiones de un tamaño intermedio, que integren poblaciones entre 47.000 y 100.000 afiliados aproximadamente".*

Resaltó que no obstante lo anterior, ASOINCA insiste en que les sea adjudicado de forma directa el nuevo contrato de prestación de servicios médico asistenciales del Departamento del Cauca, y que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN garantice que dicha prestación sea de forma departamentalizada.

Respecto de estas pretensiones el MINISTERIO adujo que no sólo desbordan lo acordado con ASOINCA en abril de 2016, sino que exceden las facultades asignadas a esa cartera por la Ley 91 de 1989, porque la facultad de contratar la prestación de los servicios de salud radica en la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, lo cual debe realizar acatando lo definido en el Acuerdo No. 3 de 2016 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG para la contratación que de los bienes y servicios efectúe FIDUPREVISORA para la efectiva operación del Fondo, sumado a que dicha contratación debe atender los principios de responsabilidad, transparencia, moralidad y economía, lo cual implica la selección objetiva de los contratistas.

Señaló que por lo anterior, la propuesta de asociación multicitada va en contravía de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 03 de 2016, toda vez que la Ley 91 no asigna competencia al Consejo Directivo para definir si la contratación es directa o no.

Reiteró que es el Consejo Directivo del FOMAG quien define la implementación o no del modelo departamentalizado del servicio de salud para los docentes del Cauca, y no así el MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Igualmente destaca que las reuniones celebradas entre ASOINCA y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN y la disposición de éste para llevar las propuestas ante el CONSEJO DIRECTIVO DEL FOMAG, no pueden llevar a concluir que se configuró una expectativa razonable consistente en que dicho órgano colegiado tuviera que acoger la propuesta de ASOINCA.

En cuanto a la vulneración del derecho fundamental a la salud, arguyó que el accionante no acreditó el *"nexo de causalidad"* entre las *"inconformidades"* relacionadas con la prestación del servicio de salud y el derecho en sí; así como tampoco probó que hubiera interrupción de los servicios médico asistenciales o alguna otra situación que comporte la violación del derecho a la salud de los docentes bajo el principio de eficiencia.

Precisó que efectuar la contratación de la salud para el Departamento del Cauca de forma distinta a la solicitada por esa asociación no implica *per se* que se vulnere dicho derecho.

2.2. FIDUPREVISORA (fls.228 a 236)

En síntesis, indicó que funge como ADMINISTRADORA del FOMAG, cuya competencia se limita a contratar la prestación de los servicios médico asistenciales para los docentes afiliados, bajo las instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, conforme lo establece la Ley 91 de 1989.

Expuso que para el Departamento del Cauca se suscribieron los respectivos contratos con COSMITET LTDA, UNIMAP, FAMAC Y AMCOLSALUD, cumpliendo de esta manera la obligación que le compete. Por esta razón, solicita se declare a su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no le compete la prestación del servicio de salud como tal.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA (fls.292 a 299)

A través de la sentencia No. 248 del 30 de noviembre de 2016, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán declaró improcedente la acción de tutela.

En primer lugar, anotó que el accionante no había aportado prueba a través de la cual acreditara que se haya interrumpido la prestación del servicio de salud, o que se encuentre pendiente la realización de algún procedimiento médico o la autorización de órdenes médicas concretas, o la provisión de medicamentos o tratamientos clínicos, como indicadores de la directa vulneración de derechos fundamentales.

Destacó que no hubo vulneración del principio de confianza legítima y al debido proceso, en tanto que la contratación del servicio de salud fue definida por el Consejo Directivo del FOMAG con base en el concepto de expertos en la materia, orientados a la sostenibilidad del servicio.

De otra parte, advirtió que como la pretensión de fondo es controvertir aspectos relacionados con la distribución de zonas para la contratación del servicio de salud, definidas por el FOMAG, ésta recae en aspectos de orden administrativo y contractual, razón por la cual debe ventilarse en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en tratándose de los actos preparatorios o previos a la celebración del contrato, y/o a través del medio de control de controversias contractuales, frente a la celebración y ejecución del mismo.

4. LA IMPUGNACIÓN (fls.320 a 335)

El accionante replicó los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela, en **SEGUNDA INSTANCIA,** según lo establecido en el Decreto No. 2591 de 1991 y en el Decreto No. 1382 de 2000.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

La acción de tutela es el mecanismo constitucional residual y subsidiario, consagrado en su artículo 86 de la Carta, que permite reclamar judicialmente, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas y aún de particulares en los casos que establece la ley; se prevé como procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 del Texto Superior, correspondiente al capítulo 2 del título II de la Constitución, referente a *"LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES"*. Allí, el constituyente estableció que la atención en salud no sólo es un derecho constitucional, sino también un servicio público a cargo del Estado, por lo que éste se encuentra comprometido en el deber de asegurar su efectiva prestación en términos de promoción, protección y recuperación, conforme lo ordenan los principios superiores de universalidad, eficiencia y solidaridad.

La Sala Novena de Revisión de la H. Corte Constitucional, en Sentencia T- 525 de 12 de julio de 2007, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, señaló categóricamente:

> ***"El Derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de tutela.***
>
> *Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional, los cuales para ser amparados por vía de tutela, debían exponer conexidad con los derechos inicialmente nombrados, es decir, los de primer orden.*

En reciente jurisprudencia, mediante ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, la sentencia T-016 de 2007, esta Corporación señaló el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hagan efectivos en la práctica. En este sentido se señaló:

> *"De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia,* ***la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica.*** *Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquella personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).*

En este sentido, señaló la sentencia en comento, que la fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es marcadamente prestacional, caso del derecho a la salud, conlleva que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en ***implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces puedan hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando se encuentren amenazados o vulnerados.***

De igual manera y para enfatizar aún más, en la protección constitucional del derecho a la salud, la sentencia T-200 de 2007 menciona la gran dimensión para el amparo de tal bien jurídico, al respecto se mencionó:

> *"...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i)* ***en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado.*** *La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.*

(ii) ***La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho.*** *Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos..."*

Estamos entonces ante una línea jurisprudencial, que después de concienzudos estudios ha logrado establecer que ***el derecho a la salud se considera fundamental,*** *ya que el mismo integra el conjunto necesario para poder llevar y disfrutar plenamente de una vida íntegra y armónica."*(Resalta la Sala)

En consecuencia, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

4. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La H. Corte Constitucional, en la sentencia T-308 de 2011 precisó que: "*La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que "el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración." Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello."*

5. EL PRINCIPIO "*ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI*" EN MATERIA DE TUTELA.[1]

En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de

[1] Corte Constitucional. Sentencia T- 131 de 2007.

una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

> *"El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento.* ***Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental,*** *si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".*

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto "*Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación*".

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, "*la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria*[2]". En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

> *"el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable.*
>
> *"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación."*

Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir,

---

[2] Sentencias T-653 de 1999, T-879 de 1999, T-904 de 1999, entre otras.

que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla. En otras palabras se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante. Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, esta Corporación en sentencia T-327 de 2001 estimó lo siguiente:

> *"Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado.*

Otro tanto ha sucedido en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, por ejemplo, el suministro de un medicamento excluido del POS. Al respecto, la Corte en sentencia T-1066 de 2006, en una labor de sistematización de las líneas jurisprudenciales existentes en la materia, consideró lo siguiente:

> *"Precisamente en los casos aludidos, para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación ha establecido las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad[3].*

[3] Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005.

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél.

6. EL CASO CONCRETO

6.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El señor FERNANDO VARGAS NAVIA, en condición de Presidente y Representante Legal de la Asociación de Institutores y Trabajadores de la Educación del Cauca-ASOINCA, instauró acción de tutela en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG), por considerar vulnerados los derechos fundamentales de confianza legítima, violación del derecho a la salud y la seguridad social de los docentes afiliados a dicha institución.

En consecuencia, solicitó que en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, el accionado procediera a *"separar al Departamento del Cauca del Valle del Cauca o cualquier otro Departamento, para la contratación de la prestación del servicio de salud de los docentes oficiales y sus familias, tal y como lo pactara el Viceministro de Educación con el sindicato ASOINCA en los diferentes acuerdos firmados con ellos, para garantizar un servicio de salud eficiente y oportuno en el que prevalezca la salud y la vida del usuario antes que el lucro del contratista"* (fl.12).

Ahora, como bien se expone en el escrito de tutela, la *"separación"* departamental referida implica la *"departamentalización"* de la prestación del servicio de salud para los docentes caucanos afiliados al FOMAG, pretensión que se resguarda, en primer lugar, bajo el cuestionamiento del procedimiento de selección del contratista UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, pues estaba integrada por las mismas personas que habían conformado la otra participante de la licitación (MAGISALUD), y de otra parte, en que la contratista ha dado lugar a una serie de *"inconformidades"* en cuanto a la prestación del servicio de salud a los docentes.

Lo primero que la Sala advierte es que la mentada controversia sobre el proceso de selección del contratista (aunque ya se haya celebrado el respectivo contrato) y el incumplimiento de la prestación a la que se encuentra obligada, son aspectos cuestionables a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, cuyo uso en particular debe ser evaluado por el accionante, por tener interés directo (en tanto que representa a los docentes

del Cauca afiliados al FOMAG, que son los beneficiarios del sistema de salud en cuestión).

De otro lado, no puede pasarse por alto la existencia del Acuerdo No. 09 del 29 de septiembre de 2016 (fls.371 vuelto a 374 del C. Ppal.2), emitido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, *"por medio del cual se modifican los lineamientos para la contratación de los servicios de salud para el magisterio, aprobados en los Acuerdos 6 de 2011 y 1 de 2012"*, en cuyo numeral 7º se establece el Ámbito Regional de la prestación del servicio así: *"Se mantiene la contratación por regiones, pero se aprueba la recomendación del grupo de expertos para constituir regiones de un tamaño intermedio, que integren poblaciones entre 47.000 y 100.000 afiliados aproximadamente"*, pues constituye el argumento definitivo que esgrimió el MINISTERIO DE EDUCACIÓN frente a la solicitud de "departamentalización" del servicio de salud deprecado por ASOINCA.

En efecto, a folios 370 y 371 del C. Ppal.2, obra la respuesta que dio el MINISTERIO DE EDUCACIÓN a la petición con radicado No. 2016-ER-188354, presentada por el Sr. FERNANDO VARGAS NAVIA, que entre otras cosas, puntualizó lo siguiente:

> "Solicitud:
> 1. Respeto de lo pactado en los acuerdos firmados en los meses de abril y agosto de 2016, en el marco de la movilización, llevada a cabo por las y los docentes afiliados a ASOINCA. 2. Por lo anterior y a partir de lo pactado le pedimos al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Económicas del Magisterio, avale la departamentalización de la contratación para el docente y su familia". Sic
>
> Me permito informar que el Ministerio de Educación Nacional ha honrado los compromisos realizados con la Asociación de Institutores y Trabajadores de la Educación del Cauca desde el mes de abril, fecha en que se iniciaron las mesas de trabajo; se manifestó que la propuesta de realizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de forma departamentalizada, es viable en los niveles I y II de atención en el Departamento del Cauca, siempre y cuando cuente con el aval del equipo técnico contratado por Fiduprevisora S.A. para la estructuración del documento de selección de los nuevos prestadores dé los servicios de salud del Magisterio.
>
> De acuerdo con lo anterior y respetando los compromisos adquiridos con ASOINCA, **el Señor Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del FOMAG, solicitó al citado grupo de expertos el análisis de dicha propuesta, frente a la cual manifiestan que el criterio base para determinar la departamentalización o no de un departamento**, es él contar con una población entre 47.000 y 100.000 afiliados aproximadamente { **Acuerdo No 09 del 29 septiembre del 2016**). En este caso con un número inferior a 47.000, según los expertos, la capacidad de negociación de tarifas con las IPS, en especial las de mayor complejidad, así como

> con algunos servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico e incluso medicamentos e insumos, se reduce dramáticamente. Adicionalmente los costos de administración e intermediación serían muy elevados. Por la anterior razón rechazaron enfáticamente ante el Consejo Directivo del FOMAG la propuesta de contratación independiente para este departamento.
>
> **Así las cosas, el Departamento del Cauca al tener 27.574 afiliados al FOMAG, no aplicaría en el descrito criterio, por lo cual no se podría garantizar una contratación que cumpla con las recomendaciones del equipo de expertos."** (Resalta la Sala)

Conforme lo expuesto, al considerar la pretensión del accionante, debe tenerse en cuenta que se encuentra de por medio el Acuerdo No. 09 del 29 de septiembre de 2016 del FOMAG, así como los Acuerdos 6 de 2011 y 1 de 2012, en virtud de los cuales se ha negado la petición de ASOINCA; igualmente, no puede soslayarse que los Acuerdos en mención constituyen actos administrativos generales pasibles de contradicción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en este caso a través del medio de control de nulidad simple (art.137 del CPACA).

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala colige que existen para el presente caso los medios ordinarios de defensa que pueden ser empleados por el accionante, los cuales no han sido controvertidos en cuanto a su idoneidad.

En circunstancias como éstas, el Consejo de Estado ha trazado las siguientes consideraciones:

> "De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, no se evidencia que la parte accionante haya agotado los mecanismos idóneos contemplados dentro del ordenamiento jurídico para controvertir actos de carácter general, impersonal y abstracto, como es el caso de los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, previstos en los artículos 135, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, respectivamente, que pueden ser interpuestos por el accionante de acuerdo a sus pretensiones. **Al ser la tutela un mecanismo subsidiario, no resulta procedente una acción cuando el accionante aun dispone de medios de defensa judicial que son idóneos y efectivos para discutir la legalidad de los actos administrativos** acusados."[4]

Igualmente es necesario destacar que la Ley 1437 de 2011 en su Capítulo X (artículos 229 a 241), se ocupó de establecer el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consagrando un procedimiento que

---

[4] **CONSEJO DE ESTADO, NR:** 2015-05722-01, AC, SENTENCIA, **FECHA :** 25/02/2016, **SECCION :** SECCION SEGUNDA SUBSECCION A, **PONENTE :** GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ, **ACTOR :** SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SECTOR RURAL – SINTRARURAL, **DEMANDADO :** PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTRO

tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal,[5] buscando realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.[6]

Al respecto, el Consejo de Estado[7] sentó las siguientes consideraciones:

> "Pues bien, **el nuevo código (CPACA) amplió el marco de acción del juez contencioso administrativo otorgándole facultades de tutela equiparables a las que tiene cuando actúa como juez constitucional**, facultades que están encaminadas a asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia judicial con la que terminará el proceso y así garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia. (...)
>
> Son tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: i) el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; ii) el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y iii) el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute[8].
>
> Así, las medidas cautelares en materia contencioso administrativa están orientadas a garantizar el último de los elementos que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia, es decir, **buscan proteger la realización de las decisiones judiciales**, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues de lo contrario el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.
>
> **Este punto es de singular importancia y se convierte en uno de los elementos distintivos de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que surgió como respuesta a los cambios operados en la realidad, frente a los cuales el juez contencioso administrativo requería facultades acordes con las distintas situaciones en las que pudieran estar los administrados por las acciones u omisiones de la Administración.**

---

[5] Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

[6] Constitución Política de Colombia: Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.
Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ, veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014), Radicación: 11001032400020130053400, Actor: ENRIQUE ALFREDO DAZA GAMBA contra el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Auto.

[8] Op. cit. Gómez Aranguren, Eduardo.

De esta manera, la nueva arquitectura de las medidas cautelares implica un avance muy significativo en la normativa colombiana en esta materia, que se pone a tono con los avances que en el mismo sentido se pueden identificar en el derecho comparado porque se *"amplió el conjunto de herramientas precautelativas a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias y además extiende la aplicabilidad de aquellas a todas las modalidades de actuación de las autoridades pasibles de fiscalización en punto de su juridicidad por parte de la jurisdicción especializada"*[9]

En este sentido, la Ley 1437 de 2011, (CPACA) incluye los tipos de cautelas y los requisitos para decretarlas recogidos en las legislaciones de los distintos países de la Unión Europea, esto es, **las cautelas positivas y las negativas** y los tres requisitos para su decreto:

i) Apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones;

ii) Urgencia (*periculum in mora*). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y

iii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar[10].

El artículo 229 del CPACA establece que el juez contencioso administrativo podrá decretar *"las medidas cautelares que considere necesarias"* para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La medida cautelar podrá pedirse expresamente por la parte demandante que deberá sustentarla en debida forma (231 CPACA), **antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda** o en cualquier estado del mismo, incluso en la segunda instancia.

Por su parte, el artículo 230 enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas**. La cautela negativa por antonomasia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo.** Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración: hechos u operaciones administrativas y, dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

---

[9] Fajardo Gómez, Mauricio. Medidas Cautelares. En: Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Imprenta Nacional.
[10] Ibid.

Las medidas cautelares preventivas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante. A su turno, las medidas conservativas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia. Finalmente, las medidas anticipativas, que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante[11].

El decreto de alguna o varias de estas medidas cautelares no implica prejuzgamiento; para su decreto es suficiente que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o los derechos invocados."

Inclusive, en el marco de la Ley 1437 de 2011, es posible solicitar el decreto de ***una medida cautelar de urgencia***, la cual puede resolverse antes de la admisión de la demanda. La disposición contempla:

*"**Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete."

Visto lo anterior, se colige que a la luz del régimen de medidas cautelares contemplado en la Ley 1437 de 2011, el juez administrativo puede decretar dichas medidas de urgencia antes de admitir la demanda en procura de evitar que los efectos de una eventual sentencia favorable sean nugatorios.

Ahora bien, si la tutela se interpone como mecanismo transitorio para obtener el amparo de los derechos frente a una vulneración ocasionada por la negativa del FOMAG a *"departamentalizar"* la prestación del servicio de salud de los docentes del Cauca afiliados al Fondo, debe demostrarse que los mecanismos judiciales ordinarios no son eficaces ni idóneos ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Así lo ha dicho la Corte:

*"Por el contrario, el amparo será transitorio, cuando además de acreditar la afectación de un derecho fundamental y la existencia de una actividad desplegada para obtener su debida protección, **se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuya valoración resulta necesaria ante la eficacia del otro medio de defensa judicial,** teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. En criterio de la Corte, una de dichas hipótesis se presenta cuando luego de revisar el acervo probatorio, existe una discusión sobre la titularidad*

[11] Op. cit. Gómez Aranguren, Eduardo.

431

del derecho reclamado o quedan algunas dudas sobre el cumplimiento de todos los requisitos para obtener el derecho a la pretensión requerida, siempre que exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud. En estos casos se evaluará la satisfacción de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para sustentar ***la ocurrencia de un perjuicio irremediable (inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción) y se adoptará una decisión con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia mediante los recursos judiciales ordinarios[12]. (...)"***

De otro lado, el perjuicio alegado debe cumplir con unas características que fueron señaladas en la sentencia T- 225 de 1993:

*" A)... **inminente**: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)*

*"B). Las **medidas** que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)*

*"C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.*

*"D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)*

"De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e

[12] Decreto 2591 de 1991, art. 8.

impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio. (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Según lo expuesto, aun existiendo mecanismos ordinarios de defensa, la tutela puede ser viable cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual como ya se manifestó en párrafos anteriores, debe estar debidamente acreditado, de tal manera que cumpla con las características señaladas por la Jurisprudencia Constitucional que pueden resumirse en que sea *cierto e inminente, es decir debe haber una certeza razonable sobre su ocurrencia; (ii) debe ser grave, en el sentido de afectar un bien o interés jurídicamente protegido y altamente significativo para el peticionario; (iii) debe requerir medidas urgentes de prevención o mitigación, en forma tal que se evite "la consumación de un daño jurídico irreparable"*[13].

En el *sub lite*, no está acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable, que amerite acciones urgentes e inaplazables para evitar un daño irreparable, especialmente porque no se evidencia la afectación concreta de los derechos invocados, más de allá de las *"inconformidades"* con el modelo de salud avalado por el FOMAG, además de que el medio ordinario a emplear (medio de control de nulidad simple) es eficaz, en tanto que dentro de este se pueden solicitar medidas cautelares de urgencia.

6.2. NO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

En cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social alegada por el accionante, este Tribunal constata que no existen dentro del expediente elementos de prueba que indiquen una vulneración concreta de los derechos derivada de específicos sucesos, como se dijo antes, más allá de las inconformidades con el modelo de salud implementado entre otras normas por los Acuerdos Nos. 09 del 29 de septiembre de 2016 del FOMAG, 6 de 2011 y 1 de 2012 del FOMAG.

Verbigracia, no se encuentra probada la no continuidad y/o suspensión de la prestación del servicio de salud, o la no entrega de insumos, tratamientos o medicamentos no cubiertos por el POSS, o la no autorización de órdenes médicas expedidas por el respectivo médico tratante, que señalen el hecho vulnerador y la afectación concreta del derecho fundamental a la salud en casos específicos. Al respecto, puede observarse como la Corte Constitucional en la sentencia T- 760 de 2008, abordó las irregularidades presentadas en la prestación del servicio de salud por parte de SALUDCOOP EPS pero a partir de casos concretos.

[13] Corte Constitucional, sentencia T-649 de 2005 M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

433

Recuérdese que quien instaura una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél, situación que no ocurre en el presente asunto.

De otra parte, en lo que concierne a la vulneración del principio de confianza legítima, advierte la Sala que ASOINCA sabía de la variabilidad o incertidumbre de las resultas de las iniciativas adelantadas en conjunto con el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, por lo que no gozaba de una situación definida que después pudiera reclamar a título de expectativa cierta.

Obsérvese cómo en el Acta de la reunión celebrada el 14 de julio de 2016 entre ASOINCA y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (fls.367 y 368 del C. Ppal.2), las partes reconocieron que la decisión definitiva sobre la "departamentalización" del servicio de salud de los docentes caucanos afiliados al FOMAG, la adoptaba el Consejo Directivo del FOMAG y no EL MINISTERIO, con base en el concepto de los expertos que había contratado la FIDUPREVISORA S.A. para tal efecto:

> *"Se inicia la reunión con las palabras del Secretario de Educación del Departamento del Cauca Elias Larrahondo Carabali, quien hace alusión a todos los inconvenientes que ha tenido el sector Educación en el Departamento del Cauca, con los constantes paros y hace un llamado a que se mantenga el diálogo y se evite un cese de actividades que perjudicaría a los niños y niñas del Departamento.*
>
> *Seguidamente se aprueba el acta del 16 de junio de 2016, correspondiente a la reunión con los representantes de ASOINCA y el Ministerio de Educación en la ciudad de Bogotá D.C. El Dr. Wilson Flórez informa sobre el estado del proceso de contratación de los servicios de salud del magisterio, hace mención a que el día 23 de junio de 2016 la Fiduprevisora S.A. publicó en la página del FOMAG el documento de discusión sobre la referida contratación.*
>
> *También mencionó que se le ha hecho un llamado a la Fiduprevisora S.A. para que pronto entregue una nueva versión porque el documento de discusión sobre la contratación de los servicios de salud publicado es muy general y no entra en el detalle que se necesita conocer. La Fiduprevisora acordó reunirse semanalmente para informar sobre los avances del documento que constituirá el prepliego. De igual forma se menciona que los expertos contratados por Fiduprevisora propusieron que la adjudicación de los contratos de prestación de los servicios de salud se produjera entre noviembre y diciembre y que el inicio de los contratos en firme se podría hacer desde enero de 2017. Se les informa a los profesores que la posición del Ministerio de Educación ha sido dar celeridad al proceso y por eso ha manifestado que no está de acuerdo con esos plazos tan largos.*
>
> *Se informa que el Consejo Directivo del FOMAG, aprobó la prórroga de los actuales contratos de prestación de los servicios de salud del magisterio, aclarando que el*

Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, no estuvo de acuerdo y votó negativamente esta prórroga.

En este espacio se ratifica que el Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media considera que el Departamento del Cauca puede tener la prestación de los servicios de salud de manera departamentalizada.

Algunos miembros de ASOINCA intervienen para mencionar que, aunque el Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, está cumpliendo con su posición de apoyar que la prestación de los servicios de salud del Departamento del Cauca se presten de forma departamentalizada, les preocupa que la decisión final la tome el Consejo Directivo del FOMAG, toda vez que los miembros del Consejo Directivo del FOMAG que representan al gobierno nacional, al parecer no votan unidos.

De igual forma ***el Doctor Harold Mosquera*** *interviene manifestando su preocupación por tener que esperar hasta el 7 de agosto de 2016 para que se defina si el Cauca va separado del Valle, y* ***solicita que los expertos contratados por Fiduprevisora definan lo más pronto posible esta situación.***

El señor Wilson Flórez explica que el procedimiento de aprobación del modelo de contratación y de las regiones no depende sólo del Ministerio de Educación Nacional, sino que también intervienen otros Ministerios y que la decisión la toman todos los integrantes del Consejo Directivo del FOMAG, previa recomendación del grupo de expertos que contrató la Fiduprevisora S.A."

Se informa que los derechos de petición enviados al MEN por ASOINCA, están siendo tramitados. Adicionalmente, que se le trasladarán las solicitudes hechas por ASOINCA al Consejo Directivo del FOMAG.

Los integrantes de ASOINCA solicitan que quede en el acta, que no van a aceptar más aplazamientos de la respuesta a la solicitud elevada por el Sindicato. Quedan como compromiso que se remitan ante el Consejo Directivo del FOMAG, los derechos de petición hechos por el Sindicato ASOINCA.

En este punto se da por finalizada la reunión."

En cuanto a los derechos de petición elevados por ASOINCA, se reitera que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN dio respuesta definitiva a través del Oficio 2016-EE-149024, a la petición con radicado No. 2016-ER-188354 (folios 370 y 371 del C. Ppal.2.), en donde destacó el respeto de los compromisos asumidos con FECODE y comunica a su vez la determinación del Consejo Directivo del FOMAG fundada en el concepto de los expertos contratados por la FIDUPREVISORA para estudiar la departamentalización del servicio de salud:

"Me permito informar que el Ministerio de Educación Nacional ha honrado los compromisos realizados con la Asociación de Institutores y Trabajadores de la Educación del Cauca desde el mes de abril, fecha en que se iniciaron las mesas de trabajo; se manifestó que la propuesta de realizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de forma departamentalizada, es viable en los niveles I y II de atención en el Departamento del Cauca, siempre y cuando cuente con el aval del equipo técnico contratado por Fiduprevisora S.A. para la estructuración del documento de selección de los nuevos prestadores dé los servicios de salud del Magisterio.

De acuerdo con lo anterior y respetando los compromisos adquiridos con ASOINCA, **el Señor Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del FOMAG, solicitó al citado grupo de expertos el análisis de dicha propuesta, frente a la cual manifiestan que el criterio base para determinar la departamentalización o no de un departamento**, es él contar con una población entre 47.000 y 100.000 afiliados aproximadamente { **Acuerdo No 09 del 29 septiembre del 2016**). **En este caso con un número inferior a 47.000, según los expertos, la capacidad de negociación de tarifas con las IPS, en especial las de mayor complejidad, así como con algunos servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico e incluso medicamentos e insumos, se reduce dramáticamente. Adicionalmente los costos de administración e intermediación serían muy elevados. Por la anterior razón rechazaron enfáticamente ante el Consejo Directivo del FOMAG la propuesta de contratación independiente para este departamento.**

Así las cosas, el Departamento del Cauca al tener 27.574 afiliados al FOMAG, no aplicaría en el descrito criterio, por lo cual no se podría garantizar una contratación que cumpla con las recomendaciones del equipo de expertos." (Resalta la Sala)

Así las cosas, no es factible afirmar la existencia de una expectativa cierta cuando ASOINCA tenía pleno conocimiento de que la determinación final sobre el modelo de salud la adoptaba el Consejo Directivo del FOMAG, por lo que es entendible la preocupación que manifestaron sus miembros en la reunión del 14 de julio de 2016, empero lo mismo indica que eran conocedores de lo incierto de las resultas, luego no puede afirmarse que lo resuelto los tomó por sorpresa o que haya sido intempestivo.

Se rememora que la confianza legítima se predica de la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación.
Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que *"el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. Como elemento*

incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello."

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo resuelto por el Consejo Directivo del FOMAG parte de un concepto técnico que acota las posibilidades de la modificación en la prestación del servicio de salud, salvaguardando el principio de sostenibilidad financiera. Esto se evidencia cuando manifiesta: *"En este caso, con un número inferior a 47.000, según los expertos, la capacidad de negociación de tarifas con las IPS, en especial las de mayor complejidad, así como con algunos servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico e incluso medicamentos e insumos, se reduce dramáticamente. Adicionalmente los costos de administración e intermediación serían muy elevados. Por la anterior razón rechazaron enfáticamente ante el Consejo Directivo del FOMAG la propuesta de contratación independiente para este departamento"* (fl.370 del C.Ppal.2).

Por lo anterior, la Sala modificará la sentencia No. 248 del 30 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en el sentido de declarar la improcedencia de la tutela respecto de los hechos que cuestionan aspectos contractuales del modelo de salud de los docentes, y no tutelará los derechos a la salud y confianza legítima en tanto que no se acreditó su concreta vulneración.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia No. 248 del 30 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

> "PRIMERO.- DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de tutela interpuesta por el señor FERNANDO VARGAS NAVIA como Presidente y Representante Legal de la ASOCIACIÓN DE INSTITUTORES Y TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DEL CAUCA-ASOINCA, contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA, respecto de los cuestionamientos al proceso de contratación adelantado por la FIDUPREVISORA para la selección del contratista UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2, y a las pautas de regionalización del servicio de salud de los docentes contenidas en los Acuerdos Nos. 09 del 29 de septiembre de 2016, 6 de 2011 y 1 de 2012, del FOMAG."

SEGUNDO.- NO TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la confianza legítima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE por telegrama, personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de fecha.

Los Magistrados,

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO