

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA**

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, seis (6) de septiembre de dos mil once (2011)
Proyecto aprobado por Acta No 589
Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por la Secretaria de Salud Municipal de Pereira, contra el fallo proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, dentro de la acción de tutela iniciada por el señor JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ en contra de esa entidad, de la E.P.S. COSMITET LTDA, FIDUPREVISORA S.A., y de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA.

2. ANTECEDENTES

2.1 El accionante en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S.A. y de la E.P.S. COSMITET, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición y a la salud.

2.2 El supuesto fáctico de la demanda de tutela se sintetiza así:

- El accionante se desempeña como docente oficial al servicio del municipio de Pereira.
- La entidad que le presta los servicios de salud es COSMITET LTDA.
- El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contrató con la Fiduprevisora S.A. la administración de los recursos de dicho fondo, los cuales están destinados a la prestación de los servicios en materia de salud de los decentes en esta parte del territorio.

- El 2 de agosto de 2010 el director administrativo de prestación del servicio educativo de la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, le envió al director de recaudos de la Fiduprevisora S.A. un oficio mediante el cual relacionaba las novedades del nuevo personal docente vinculado al municipio de Pereira, para que fuera incluido en la base de datos de esa entidad y se le activara el servicio de salud, dentro de las cuales se encontraba el actor.
- La E.P.S. COSMITET LTDA negó la prestación de los servicios de salud al accionante, hasta tanto no figure como activo en la base de datos de la Fiduprevisora S.A., entidad que se encuentra notificada desde el 02/08/2010.
- Pese a que COSMITET LTDA no suministra los servicios de salud requeridos, el municipio de Pereira ha efectuado los descuentos de los aportes a la salud, recursos que van a parar a las arcas de la Fiduprevisora S.A., encargada de contratar con COSMITET LTDA esos servicios.
- Las anteriores circunstancias constituyen una vulneración de sus derechos fundamentales, especialmente el de la salud del peticionario, ya que se encuentra inscrito desde el 02/08/2010.

2.2 El accionante solicita que le sea tutelado su derecho fundamental a la salud, y que se ordene a las entidades accionadas que en el término perentorio de 48 horas proceda a activar la información pertinente, a fin de que le sean garantizada la prestación de los servicios de salud de manera inmediata.

2.3 Anexó al escrito de tutela copia de los siguientes documentos: i) comprobantes de pago; y ii) oficio FNP-300 del 10 de agosto de 2010, a través del cual el director administrativo de la prestación del servicio educativo y administración de plazas de docentes de la Secretaria de Educación Municipal de Pereira, reporta al director de afiliaciones y recaudos de la Fiduprevisora S.A. la afiliación de algunos docentes nombrados en período de prueba, dentro de los cuales está el accionante.

2.4 Mediante auto del 23 de junio de 2011, la *a quo* avocó el conocimiento de la acción de tutela, ordenó vincular al proceso a la Secretaria de Salud de Educación Municipal de Pereira, y corrió el respectivo traslado a las entidades vinculadas.

2.5 Asimismo, dispuso la vinculación de la Secretaría de Educación Departamental de Risaralda.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PEREIRA

3.1.1 La Secretaria de Educación Municipal de Pereira allegó escrito en el refirió lo siguiente:

- El oficio a que hace referencia el accionante es el 10 de agosto de 2010.
- El actor debe acreditar la negación en la prestación de los servicios de salud. Por su parte, esa entidad ya informó a la Fiduprevisora lo que correspondía.
- Los descuentos a la seguridad social son una obligación legal que el municipio de Pereira a través de la Secretaría de Educación no puede evadir.
- Esa entidad se atiene a lo que disponga el fallador.
- El accionante solicita que se tutele el derecho a la salud, sin tener en cuenta su carácter subsidiario frente al de la vida que si tiene el carácter de fundamental y es requisito indispensable para la protección de los derechos a través de la acción interpuesta.

3.1.2 A la contestación de la demanda anexó los siguientes documentos: i) copia del acta de posesión 342; ii) oficio FNP-300 del 10 de agosto de 2010; iii) e-mail a través del cual se informa la inactividad por reporte de novedad de comisión de estudio no remunerada por el término de 152 días del docente José Daniel Sánchez Arias.

3.2 FIDUPREVISORA S.A.

El vicepresidente de administración fiduciaria dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

- La Ley 91/89 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos deben ser administrados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, siendo la Fiduciaria S.A. la

entidad autorizada legalmente para dicho fin, a través del contrato de fiducia mercantil.

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no presta servicios de salud, ni realiza gestiones directas en tal sentido, por cuanto es una cuenta de cuyos recursos se cancelan los servicios médicos de los docentes, pactados a través de contratos, pago que hace la Fiduprevisora S.A. como administradora fiduciaria.
- El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el sistema de seguridad social contemplado en esa normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Para la prestación de los servicios en materia de salud del Magisterio de Risaralda, al Fiduprevisora S.A. suscribió contrato con COSMITET LTDA.
- Hizo referencia a los términos del contrato suscrito y resaltó que el contratista está en la obligación de garantizar y asegurar la prestación de los servicios médico - asistenciales al personal de docentes activos y/o pensionados y a sus beneficiarios del departamento de Risaralda.
- La Fiduprevisora S.A. no presta los servicios médicos a los docentes, ni es una E.P.S., sólo se encarga de cancelar los valores por la prestación de aquellas contraprestaciones.
- La entidad llamada a prestar los servicios de salud es COSMITET LTDA, empresa que tiene calidad de E.P.S.
- No se puede conceder la facultad de recobro frente a la Fiduciaria o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que se estaría frente a posibles dobles pagos por atenciones médicas que ya fueron contratadas.
- Si el servicio pretendido se trata de alguna exclusión el recobro debe prosperar frente al FOSYGA, ya que no se puede afectar el estado financiero de las cuentas especiales de la Nación, cuyos recursos son para el pago de las prestaciones sociales de los docentes y el pago de los servicios médicos contratados.
- Solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela ya que no existe vulneración alguna a las garantías constitucionales por parte de esa entidad fiduciaria, responsabilidad que recae únicamente en la entidad contratista.

3.3 La E.P.S. COSMITET y la Secretaría de Educación Departamental de Risaralda no dieron respuesta a la acción de tutela, haciendo caso omiso al requerimiento del despacho.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 14 de julio de 2011, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, tuteló los derechos invocados por el accionante, por considerar que la suspensión en la prestación de los servicios de salud constituye un evidente desamparo al titular de los derechos. en razón a ello, ordenó a la E.P.S. COSMITET LTDA, a la FIDUPREVISORA S.A., a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PEREIRA y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE RISARALDA, que de manera conjunta y solidaria realizaran la corrección administrativa a fin de que se garantizara al señor JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ ARIAS el libre acceso a los servicios médicos asistenciales.

La decisión fue impugnada por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE RISARALDA.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 La secretaria de educación del departamento de Risaralda, remitió escrito de impugnación en el que manifiesta lo siguiente:

- Ese ente territorial otorgó comisión de servicios no remunerada al señor SÁNCHEZ ARAS mediante resolución 0813 del 23 de julio de 2010, acto administrativo con el que se trasladó la competencia en todo su orden a la entidad municipal. La misma situación fue reportada mediante el formato FPM002 a la vicepresidencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduprevisora S.A.
- La entidad competente para agotar el proceso tendiente a la adecuada prestación de los servicios de salud es la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, razón por la cual solicita que se exonere de toda responsabilidad a su representada en la presente acción de tutela.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991

reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 La Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en el Art. 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción solo es procedente cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.3 Problema jurídico y solución

6.3.1 De conformidad con los argumentos de la impugnante, esta Corporación debe decidir si el fallo adoptado por el juez de primera instancia fue acorde a los preceptos legales en relación con lo referente a la orden que las entidades de manera conjunta y solidaria ejecutaran la corrección administrativa pertinente con el fin de que el señor JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ ARIAS pueda acceder a los servicios de salud que requiere.

6.4 El derecho a la salud

Para dilucidar el asunto puesto en conocimiento de esta Sala, es oportuno recordar que, en principio, el derecho a la salud previsto en el artículo 49 de la Carta Política, no fue considerado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo, sino como aquel susceptible de protección de tutela en aquellos casos, en que se veía comprometido directamente el ejercicio de otro derecho reconocido Constitucionalmente como de rango Fundamental, como el de la vida o integridad personal, o cuando se trataba de situaciones en las que se afectaba de manera directa y grave el mínimo vital, necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales.²

La Honorable Corte Constitucional replanteó dicha posición en aras de proteger y salvaguardar los derechos constitucionales, precisando el alcance del derecho

a la salud bajo el principio de la dignidad humana. En la sentencia T-760 de 2008 establece lo siguiente:

“...3.2. El derecho fundamental a la salud... 3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵

Con este precedente, dicha Corporación amplió el ámbito de protección del derecho a la salud, pero sin desconocer su carácter de servicio público esencial y prestacional; por lo tanto, cuando las entidades encargadas de garantizar la prestación de la seguridad social en salud, sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para materializar este derecho, el juez constitucional puede disponer su efectividad, dado su carácter de fundamental, a través de la acción de tutela, velando siempre porque la población pueda llevar una vida digna.

6.5 Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido que la no afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social en pensión y en salud, vulnera los derechos fundamentales de las personas, en tal sentido ha establecido:

³ Sentencia T-859 de 2003. MP Eduardo Montealegre Lynett.

⁴ Sentencia T-076 de 2008. MP Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Sentencia T-016 de 2007 MP Antonio Humberto Sierra Porto.

“Es jurisprudencia reiterada de esta Corporación que la no afiliación de los trabajadores al régimen de salud y de pensiones viola ostensiblemente sus derechos a la seguridad social en conexidad con la vida, al negar la posibilidad de atención médica en salud[2]. La seguridad social para los trabajadores y sus familias no es una dádiva del patrono o de las entidades prestadoras de salud, ni depende de su mero arbitrio; es un derecho inalienable e irrenunciable que hace parte de las condiciones dignas y justas que deben rodear las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 C. P.)[3]; lo anterior significa la correlativa y perentoria obligación de todo patrono de hacer efectivo tal derecho, pues no puede eludir la afiliación de sus trabajadores al sistema nacional de seguridad social contemplado en la ley, sin violar las normas constitucionales y legales, y comprometer su responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento.”

6.6 También ha establecido esa Honorable Corporación que eludir una obligación de esta naturaleza, no puede ser justificada cuando se trata de un empleador particular, pero, si la omisión es responsabilidad del propio Estado, a través de sus entidades territoriales, como ocurre en este caso, se está en presencia de un desconocimiento total de la esencia misma de las responsabilidades del Estado con sus directos administrados. En ese sentido cabe recordar lo dicho en la sentencia T-075 de 1998:

“Lo que ocupa ahora la atención de la Corte es la actitud de un ente estatal que mantiene desprotegidos a sus propios servidores, infringiendo no solamente los postulados constitucionales que obligan al municipio como parte esencial del Estado Social de Derecho, sino desconociendo en forma deplorable sus propias cargas y obligaciones como patrono.

“Es un hecho que, si el trabajador y su familia no pueden acudir a ente alguno para ser atendidos en sus más elementales necesidades de salud, porque el patrono -en este caso el mismo Estado- no los tiene afiliados, permanecen expuestos a los riesgos propios de los percances que sufran, aun con peligro para sus vidas, y se ven precisados, como aquí acontece, a asumir los costos respectivos de su propio pecunio, contrariando las normas constitucionales y legales y haciendo inútiles los avances del sistema jurídico en lo que se

refiere a la seguridad social como servicio público y derecho inalienable de todo trabajador.

6.7. En el caso concreto se tiene que el señor JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ ARIAS es un docente del sector público que presta sus servicios al municipio de Pereira. Atendiendo tal circunstancia, los servicios de salud le son suministrados por medio de la E.P.S. COSMITET. Sin embargo, al accionante se le viene denegando el acceso a ese servicio, con el argumento de no estar activo en la base de datos de la Fiduprevisora S.A, entidad encargada de administrar los aportes que en materia de salud realiza el gremio de docentes.

De las pruebas allegadas al proceso, se logra establecer que el señor SÁNCHEZ ARIAS laboró como docente para el Departamento de Risaralda, entidad que a través de la resolución 0813 del 23 de julio de 2010 le concedió comisión de servicios no remunerada a partir del 02 de agosto de 2010 y hasta que se cumpliera el período de prueba para que ocupara el cargo de docente en la institución educativa Remigio Antonio Cañarte del Municipio de Pereira⁶.

La Secretaria de Educación Municipal de Pereira mediante oficio FNP-300 del 10 de agosto de 2010 reportó a la Fiduprevisora S.A. la novedad en su nómina⁷, incluyendo el nombre del actor, pero no se vislumbra que la Secretaría de Educación Departamental de Risaralda hubiera aclarado la situación administrativa antes descrita con el fondo fiduciario, lo que conllevó a su desactivación en la base de datos, y por ende surgió la negación del servicio de salud.

En razón a lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia, a fin de que cada una de las entidades vinculadas al presente trámite, realicen de manera inmediata las aclaraciones y gestiones administrativas pertinentes para lograr la efectiva reactivación del señor JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ ARIAS en la base de datos de la Fiduprevisora S.A., para éste pueda acceder a los servicios de salud que requiere a través de la E.P.S. COSMITET.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley.

⁶ Folios 47 y 48.

⁷ Folios 6 y 7.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por el señor Juez Único Penal del Circuito Especializado de Pereira Risaralda, en cuanto fue materia de impugnación.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario