

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

La normatividad aplicable al caso y lo expresado por las partes, se estima que en desarrollo de las potestades a que se hizo referencia anteriormente, se celebró un contrato entre la Fiduciaria La Previsora y la IPS Red Salud, contrato que terminó el 15 de julio de 2005, pues a partir de esa fecha a los docentes del Distrito Capital los atiende FERSALUD. U.T. -Médicos Asociados-. Determinado como está el régimen de seguridad social en salud aplicable a la actora, es necesario establecer si para el caso existe otro mecanismo de defensa judicial al que pueda acudir ésta en procura de que se le solucione el problema que plantea; de igual manera se debe analizar si para el caso se presenta un perjuicio irremediable y si la entidad demandada es realmente la obligada a suministrar el resultado del examen médico que se reclama, todo ello con el fin de precisar si es la acción de tutela el medio idóneo para exigir la protección de los derechos presuntamente vulnerados, que invoca la tutelante en su demanda.

DERECHO A LA SALUD-Se encuentra garantizado por cuanto demandante está afiliada a entidad de salud

En el caso en estudio la Sala advierte que no obstante que la peticionaria es una persona que sufre de varias dolencias, su situación de salud no reviste tal gravedad, que amerite el amparo constitucional que se reclama, pues no se evidencia que con la omisión en la entrega del examen médico que reclama a la actora se le ocasione un perjuicio irremediable que justifique el desplazamiento de los medios ordinarios y la procedencia de la acción de tutela. En este análisis se tiene en cuenta que su derecho a la salud se encuentra garantizado al encontrarse actualmente afiliada a FERSALUD. U.T. -Médicos Asociados-.

DERECHO A LA SALUD-Demandante cuenta con otros medios para lograr entrega del resultado del examen médico

Se estima que la demandante cuenta con otros medios de defensa para lograr la entrega del resultado del electroencefalograma que reclama, como son agotar el trámite pertinente ante la IPS Red Salud o acudir ante la Superintendencia de Salud o ante la entidad encargada de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del contrato celebrado entre la IPS Red Salud y la Fiduciaria La Previsora.

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad demandada no es responsable de omisión en entrega de resultado de examen

La acción de tutela resulta igualmente improcedente, por configurarse el fenómeno de falta de legitimación pasiva de la tutela, evento que se presenta en este caso, dado que la actora no está afiliada a la Seguridad Social en Salud en la E.P.S. RED SALUD, y por tanto esta entidad no es responsable por la omisión en la entrega del resultado del electroencefalograma que reclama.

Referencia: expediente T-1226377

Acción de tutela instaurada por Amparo Castaño Yepes, contra Red Salud EPS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Juzgados Octavo Civil del Circuito y Treinta Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por Amparo Castaño Yepes, contra Red Salud EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora Amparo Castaño Yepes, interpuso acción de tutela en contra de la EPS Red Salud, por considerar que dicha entidad le ha vulnerando sus derechos fundamentales a la

seguridad social, igualdad y debido acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al negarse a entregar el resultado de un electroencefalograma que le fue practicado el 5 de Julio de 2005.

1. Hechos

1. Señala la actora que a finales del mes de febrero de 2005, empezó a padecer de dolores de cabeza de manera permanente, sin que ningún medicamento le sirviera para mitigar tal dolencia, por lo que los médicos tratantes de la sede de Red Salud de Kennedy, la remitieron al neurólogo, quien en consulta realizada el 2 de julio de ese mismo año, le ordenó un electroencefalograma.

2. El citado examen le fue practicado el 5 de julio de 2005 en la Clínica “El Campín”, entregándole un pequeño papel para reclamar el resultado en ocho (8) días hábiles. Al presentarse el 15 de julio a reclamar el mismo, le informaron que no había llegado y que debía esperar otros ocho (8) días.

3. Afirma que la EPS accionada, prestaba el servicio médico al Magisterio del Distrito Capital desde hacía varios años, pero que el contrato terminó el 15 de julio de 2005, fecha a partir de la cual a los docentes los atiende FERSALUD. U.T. (Médicos Asociados).

4. Asevera que al cumplirse el plazo señalado, procedió a solicitar nuevamente el resultado del examen. Pero aduce que al enterarse dicha entidad que era del magisterio, le respondieron que ya no tenían contrato y ante la réplica de ella en el sentido de que el examen se lo habían efectuado durante la vigencia del contrato (5 de julio/05), le contestaron que debía comunicarse con la Fiduciaria La Previsora.

5. El 27 de julio de 2005, se presentó en la Fiduciaria La Previsora, donde se le informó que Red Salud había hecho empalme con Médicos Asociados y por tanto en la sede de esta entidad ubicada en la carrera 13 N° 51-87, se entregarían todas las historias clínicas y los resultados de exámenes que estuvieran pendientes, pero al ir a reclamarlos en dicha entidad, se le comunicó que Red Salud, no había entregado los exámenes médicos ni las historias clínicas.

6. Por lo tanto, solicita que se ordene a la EPS accionada, que le entregue el resultado del electroencefalograma practicado y la historia clínica que deben conocer los nuevos médicos tratantes, ya que es una persona que sufre diferentes enfermedades y que requiere permanente seguimiento, pues padece de hipotiroidismo, artritis, problema de columna lumbo-sacra, psoriasis, síndrome de jorguen, riñón único, trombosis profunda en pierna derecha, y los dolores de cabeza permanentes.

2. Pruebas

En el expediente obran entre otros documentos los siguientes:

- Fotocopia del resumen de historia de la consulta con el neurólogo.
- Fotocopia del recibo con el cual debía reclamar el resultado del examen.
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación de la actora a la IPS Red

Salud.

-Fotocopias de remisiones y fórmulas médicas, las cuales prueban su vinculación a Red Salud.

- Remisión para valoración por Neumología autorizada por el Dr. Gary Tovar, Coordinador Médico Red Salud, cuya cita no alcanzó a ser otorgada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

- Orden del 2 de julio de 2005 dada por el Neurólogo para que se le practique electroencefalograma.

- Autorizaciones de servicios Nos. 314731, 448238, 498434, 476408, 498542, 292984, 446553 y 372342.

-Fórmulas médicas Nos. 0704070, 0776067, 0885432, 0861853, 0889681, 0889680 y 0911149.

- Aviso por el cual Médicos Asociados informan a los docentes que deben reclamar sus exámenes en Red Salud.

- Constancia expedida por la Coordinadora de Historias Clínicas de Médicos Asociados donde se afirma que no se han recibido las historias clínicas y los resultados de exámenes pendientes, por parte de Red Salud.

3. Intervención de la entidad accionada

El Representante Legal Suplente de RED SALUD ATENCION HUMANA EPS S.A., dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

1. Señala que RED SALUD ATENCION HUMANA EPS SA., es una Empresa Promotora de Servicios de Salud, cuya función es la de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados.
2. Informa que en su base de datos la actora no se encuentra registrada como cotizante ni como beneficiaria de la EPS, por lo que asegura que no está afiliada a la RED SALUD ATENCION HUMANA EPS S.A.
3. Precisa igualmente que revisada la base de datos del FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIAS – FOSYGA – tampoco aparece registrada, por lo que concluye que la señora Castaño Yepes no está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
4. Afirma que La Red Salud Atención Humana EPS SA, no tiene ni ha tenido contrato de prestación de servicios para la atención del Magisterio del Distrito, ni se encuentra entre sus clientes la Fiduciaria La Previsora.
5. Sostiene que de acuerdo con las propias afirmaciones de la actora y su condición de docente pensionada, debe estar afiliada al Fondo Prestacional del Magisterio, circunstancia

que la excluye de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que la imposibilita para afiliarse a una EPS.

6. Con fundamento en lo expresado, solicita se declare improcedente la tutela, por falta de legitimidad en la causa por pasiva, toda vez que RED SALUD ATENCION HUMANA EPS S.A. no está obligada legal ni contractualmente a atender a la accionante, ya que no es ni ha sido su afiliada (cotizante ni beneficiario) por lo que es jurídicamente imposible que le haya violado derecho fundamental alguno.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4. Decisiones Judiciales objeto de revisión.

4.1 Fallo de Primera Instancia

El Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá en decisión adoptada el 22 de agosto de 2005, denegó el amparo impetrado al estimar que la tutela en contra de la E.P.S. RED SALUD, no debe prosperar pues es presupuesto indispensable para su procedencia, que la conducta del demandado sea la que produzca la violación de los derechos fundamentales del demandante, de manera que, debe haber una relación de causalidad entre la conducta y la violación endilgada, de lo contrario hay inexistencia de responsabilidad.

En el presente caso, la entidad accionada indica que en su base de datos no aparece la actora, como afiliada a la Seguridad Social en Salud de la E.P.S. RED SALUD, ni como cotizante ni como beneficiada, al igual que dicha entidad no ha tenido contrato de servicio en el Magisterio Distrital.

En estas condiciones, resulta evidente que no existe legitimación en la causa por pasiva, por lo tanto, la tutela no está llamada a prosperar toda vez que legalmente la E.P.S. accionada no está obligada a atender médicaamente a la accionante en virtud que no se encuentra afiliada a dicha entidad.

4.2 Impugnación

La actora impugnó la sentencia de primera instancia con fundamento en las siguientes consideraciones:

Manifiesta que la providencia que negó la acción de tutela, se fundamentó en la respuesta dada por la accionada, la cual no se ajusta a la realidad pues conduce a incongruencias y confusiones “ya que el juego que expone se basa en la imbricación que se presenta con las denominaciones RED SALUD E.P.S., RED SALUD I.P.S., RED SALUD ATENCIÓN HUMANA EPS SA. o simplemente RED SALUD,” sin que se determine en la contestación de la demanda, cuál es la diferencia entre esas personas jurídicas, qué relación hay entre ellas, si alguna es matriz y cuál es subsidiaria etc.

Advierte además, que en la providencia en mención se omitió tener en cuenta la Ley 91 de 1989, que en su artículo 3º creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con la cual el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, entidad que en este caso se trata de la Fiduciaria La Previsora que, al tenor de la norma mal puede interpretarse que pueda ser cliente de RED SALUD, como lo manifiesta el Representante Legal Suplente de la accionada.

Afirma igualmente que el Magisterio tiene un Estatuto o Régimen Especial y en el caso concreto de la contratación de la prestación de servicios asistenciales de salud, la hace el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con las entidades prestadoras de salud.

Señala que el contrato para prestar el servicio médico a los docentes del Distrito, lo hizo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la Red Salud I.P.S., entidad que más adelante se convirtió en E.P.S. y que además independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad accionada, RED SALUD es quien prestó los servicios médicos a los docentes del Distrito Capital hasta el 15 de Julio de 2005.

Cuestiona lo afirmado por la entidad demandada en el escrito de contestación de la demanda, donde aduce que ella nunca ha estado afiliada a esa entidad, pues precisa que cómo se explica que tenga el carné número 140939 expedido en marzo de 2005 por pérdida del anterior número 2897 (anexa fotocopias), en los cuales dice muy claro "Red Salud I.P.S - Docentes."

Informa además que Red Salud la atendía generalmente en la sede de Kennedy ubicada en la Avenida Primero de Mayo N° 38-76 y 38-80, exceptuando las veces que fue remitida a especialistas externos o a la práctica de exámenes en otra sede, como el que es objeto de la presente acción.

4.3 Fallo de Segunda Instancia

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá en decisión del 30 de septiembre de 2005,

confirma el fallo de primera instancia, pues estimó que cuando la actora presentó la acción de tutela el día 29 de julio de 2005, ya había terminado el contrato de prestación de servicios entre Red Salud y el Magisterio Distrital como bien lo sostiene la propia accionante, razón suficiente para que el A quo negara la tutela solicitada, pues estima que uno de los requisitos para la prosperidad de la acción contra las entidades prestadoras de salud es que se encuentre vigente el “vinculo contractual”, que no se da en el presente caso, razón por la cual la sentencia impugnada debe ser confirmada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia proferida dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1.991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la EPS RED SALUD, vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la actora, al negarse a entregarle el resultado de un electroencefalograma que le fue practicado el 5 de julio de 2005 en la Clínica “El Campín”, aduciéndose para ello que el contrato entre la entidad demandada y el Magisterio del Distrito de Bogotá había terminado el 15 de julio de ese mismo año.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral, debe garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de obtener una calidad de vida acorde con su dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

En ese entendido, el Sistema de Seguridad Social en Salud está diseñado de forma tal que por regla general a él puede acceder toda la población civil, a través de dos (2) regímenes el subsidiado y el contributivo,¹ garantizando así el derecho a la seguridad social como servicio público esencial en todos los niveles de atención.

Empero, para pertenecer al citado sistema es menester que el usuario reúna unos mínimos requisitos previstos en la normatividad vigente,² cuyo cumplimiento le otorgará la calidad de afiliado o beneficiario,³ y en consecuencia le conferirá el legítimo derecho para solicitar y recibir la atención en salud que requiera.

En esos términos, es claro entonces que mientras el usuario del servicio público de salud no ostente la calidad de afiliado al sistema, bien sea como cotizante directo o mediante la figura del beneficiario, no tiene un derecho formal al acceso en la prestación del servicio, y como consecuencia lógica al no hacer parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, no surge para ninguna entidad promotora de salud -EPS- la obligación legal de atenderlo en las contingencias de salud que padezca.

4. Distinción entre las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de

Salud.

Si bien las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que están autorizadas para prestar los servicios de salud de acuerdo con lo reglado en la Ley 100 de 1993, ostentan características específicas que comportan tratamientos diferenciales.⁴

En efecto, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, define a las Empresas Promotoras de Salud, de la siguiente manera:

"Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantías. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley."

El artículo 181 de la Ley 100 de 1993, precisa además, que la Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades Promotoras de Salud a las siguientes entidades:

- “a. El Instituto de Seguros Sociales;
- b. Las cajas, fondos, entidades o empresas de previsión y seguridad social del sector público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 236 de la presente Ley;
- c. Las entidades que por efecto de la asociación o convenio entre las cajas de compensación familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas se constituyan para tal fin;
- d. Las entidades que ofrezcan programas de medicina prepagada o de seguros de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica;
- e. Las Entidades Promotoras de Salud que puedan crear los departamentos, distritos y municipios y sus asociaciones. Para ello podrán también asociarse con entidades hospitalarias públicas y privadas;
- f. Los organismos que hayan sido organizados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, siempre que se constituyan como personas, jurídicas independientes;
- g. Las organizaciones no gubernamentales y del sector social solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud y las de las comunidades indígenas;
- h. Las entidades privadas, solidarias o públicas que se creen con el propósito específico de funcionar como Entidad Promotora de Salud.

En el parágrafo 1º del mencionado artículo se establece además que “Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.”

El literal i) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, se refiere a las Instituciones Prestadoras de Salud, de la siguiente manera: “Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas” y en su artículo 185, se establece que “Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

Y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, señala además que “Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además, propenderán a la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Ahora bien, en lo relativo a la garantía de atención a los usuarios, el artículo 188 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto 2150 de 1995, precisa que las Instituciones Prestadoras de Servicios no pueden discriminar en su atención a los usuarios y que “Cuando ocurran hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los Servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aquél podrá solicitar reclamación ante el Comité técnico-científico integrado por la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado, integrado de la siguiente forma: un representante de la EPS, un representante de la IPS y un representante del afiliado, quien podrá concurrir directamente. Si persiste la inconformidad ésta será dirimida por un Representante de la

Dirección Municipal de Salud."

Conforme a lo expresado anteriormente, se puede concluir que si bien las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades que tienen como rasgo en común ser entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que están autorizadas para prestar los servicios de salud de conformidad con lo establecido en el Plan de Salud Obligatorio, no pueden equipararse entre sí.

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

Cabe destacar de otro lado, que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, no se aplica a todos los trabajadores. En efecto, el artículo 279 de dicha disposición, establece que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se les aplica dicha norma cuando precisa:

"ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(..)"

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando dispuso:

“Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”

El artículo 5º de la Ley 91 de 1989, señaló además, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá entre sus objetivos: “2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.”

De lo expresado anteriormente resulta claro entonces, que los docentes no pueden afiliarse a otra entidad prestadora de salud diferente al Fondo Nacional del Magisterio, así como tampoco pueden estar inscritos en dos entidades prestadoras de servicio médico.

En ese sentido cabe recordar lo dicho por la Corte en la Sentencia T-905 de 2004:5

“3. El régimen de seguridad social en salud aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Ahora bien, siguiendo la competencia asignada en los artículos 48, 49 y 366 de la Carta Política, a través de la Ley 100 de 1993 el legislador se ocupó de desarrollar el derecho a la seguridad social, creando el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual tiene por objeto “... garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”. En lo atinente al campo del servicio de salud, la misma ley establece que con el Sistema General de Seguridad Social en Salud se busca “... regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”

Es relevante destacar que aun cuando el Sistema de Seguridad Social Integral tiene una proyección general, el mismo no resulta aplicable a todos los estamentos que hacen parte de la comunidad nacional. La propia Ley 100 de 1993, en su artículo 279, reconoce la existencia de una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normatividad general. Tal es el caso de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los trabajadores de las empresas en concordato preventivo y obligatorio que hayan pactado sistemas especiales de protección de las pensiones mientras dure el proceso concursal y los trabajadores de Ecopetrol, quienes, entonces, se rigen por normas especiales. En palabras de la Corte, “[t]ales regímenes consagran derechos adquiridos por los mencionados sectores laborales, gracias a reivindicaciones colectivas que fueron defendidas

por sus voceros ante el Congreso de la República, justamente, para que no fueran desconocidas por el sistema general de pensiones y salud”⁶.

Sobre la existencia de regímenes especiales de seguridad social, este Tribunal viene considerando que, en principio, no vulneran la igualdad, “en la medida en que su objetivo reside, precisamente, en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”⁷⁸. Por ello, “[s]alvo que se demostrare que la ley efectuó una diferenciación arbitraria, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”⁹.

Para lo que interesa a este caso, se tiene que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, los docentes, constituyen uno de los grupos que en materia de seguridad social, y por señalamiento expreso del artículo 279, se encuentran sujetos a disposiciones especiales. En relación con los docentes afiliados al fondo, es menester precisar que esta Corporación tuvo oportunidad de analizar el punto de si resultaba arbitrario exceptuarlos de los derechos y obligaciones de la Ley 100 de 1993, concluyendo que tal excepción persigue inicialmente un objetivo legítimo, ya que procura la protección de sus derechos adquiridos y el cubrimiento integral de su seguridad social.

En ese orden, por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación y cuyos recursos son administrados y manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas¹⁰-, es la fiduciaria La Previsora S.A..

Como complemento de lo anterior, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1º y 2º del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo¹¹.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sobre el punto, ha podido precisar la jurisprudencia constitucional que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien corresponde la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

“(...) El numeral 5º de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹², recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3º-c)”. (Sentencia T-348 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

6. Procedencia de la acción tutela como mecanismo transitorio para la protección de

derechos fundamentales cuando se configure un perjuicio irremediable.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y en armonía con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede sólo cuando no exista en el ordenamiento jurídico otro mecanismo de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales presuntamente afectados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por tanto es presupuesto necesario, para que resulte pertinente acudir a la jurisdicción constitucional en busca de tutela la existencia de una conducta (acción u omisión) que genere la amenaza o violación de los derechos fundamentales de la persona, de manera que la orden judicial sea el medio adecuado para amparar al peticionario, garantizándole el disfrute de aquellos derechos.¹³

Ahora bien, la Corte ha señalado que el amparo de tutela es procedente, cuando el perjuicio irremediable cumpla las siguientes condiciones:¹⁴

(i) Sea cierto e inminente, es decir, que no se debe a meras conjeturas y que amenaza o está por suceder;

(ii) de urgente atención, lo que significa que la medida que se requiera para conjurar el perjuicio ha de adoptarse de manera urgente con el fin de evitar que se consume un daño irreparable;

(iii) grave, pues no basta con la presencia de cualquier perjuicio, sino que el mismo ha de ser

relevante lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona¹⁵.

7. Improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por pasiva

Esta Corporación ha señalado igualmente, que si no existe suficiente claridad sobre la identidad de la entidad responsable de desconocer los derechos fundamentales que aduce el afectado y no existe nexo de causalidad entre los actos u omisiones y el daño o amenaza que motiva la acción, la tutela se torna improcedente. A ese respecto la Corte en la Sentencia T-1613 de 2000,¹⁶dijo lo siguiente:

“En consecuencia, como lo ha reiterado permanentemente esta Corte cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del quebrantamiento de los derechos fundamentales del actor, no puede concederse la tutela en su contra pues no existe nexo de causalidad entre la acción de tutela y la omisión o acción o amenaza de derechos fundamentales, por lo que se torna improcedente, por configurarse el fenómeno de la falta de legitimación pasiva de la tutela, evento que se presenta en este caso analizado, en donde surge al rompe que como el actor no tiene un vínculo laboral ni legal ni reglamentario con la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca, ésta última entidad no es responsable de la liquidación ni mucho menos del pago de las cesantías parciales reclamadas. Por lo tanto la Sala, en la parte resolutiva de esta Sentencia confirmará el fallo de instancia.”

8. Caso concreto

-La actora señala que la EPS RED SALUD, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad y debido acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al negarse a entregarle el resultado de un electroencefalograma que le fue practicado el 5 de julio de 2005 en la Clínica "El Campin" de Bogotá.

-La EPS Red Salud, señala en su intervención que la acción de tutela no debe prosperar, pues de acuerdo con su base de datos la señora Yepes Castaño, no se encuentra afiliada a dicha entidad ni como cotizante ni como beneficiaria. Igualmente asevera que no ha tenido contrato de prestación de servicio con el Magisterio Distrital, ni entre sus clientes se encuentra la Fiduciaria la Previsora.

-El Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá en decisión adoptada el 22 de agosto de 2005, denegó el amparo impetrado al estimar que la tutela en contra de la E.P.S. RED SALUD no debe prosperar, pues para el caso resulta evidente que no existe legitimación en la causa por pasiva y en ese orden de ideas la E.P.S. accionada no está obligada a atender los requerimientos de la actora.

-La tutelante impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que la respuesta dada por la entidad accionada no se ajusta a la realidad y conduce a incongruencias y errores.

Aclara que la contratación de servicios asistenciales de salud la hace el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (art. 3º de la Ley 91 de 1989) y que si bien ella desconoce como está integrada RED SALUD, le consta que la EPS accionada prestó los servicios médicos a los docentes del Distrito hasta el 15 de julio de 2005.

-El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá en decisión del 30 de septiembre de 2005 confirmó el fallo de primera instancia, pues estimó que cuando la actora presentó la acción de tutela (29 de julio de 2005), ya había terminado el contrato de prestación de servicios entre Red Salud y el Magisterio Distrital, razón suficiente para que el A quo negara la tutela solicitada, pues uno de los requisitos para la prosperidad de la acción contra las entidades prestadoras de salud es que se encuentre vigente el vínculo contractual, circunstancia que en el presente caso no se cumple y por tanto la sentencia impugnada debe ser confirmada.

Para resolver se considera:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

-De lo expresado anteriormente, se puede concluir que en efecto, los docentes se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social (art. 279 de la Ley 100 de 1993).

-El régimen aplicable a los docentes y sus prestaciones sociales son atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, que lo creó, como “una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos fondos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.”

-En cumplimiento de la Ley 91 de 1989, la Nación estaba facultada para celebrar contrato de fiducia con la Fiduciaria La Previsora¹⁷, la cual en desarrollo de su objeto social, está a su vez autorizada, para celebrar contratos de prestación de servicios con diferentes Instituciones Prestadoras de Salud.

-Si bien el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede calificarse como

una Empresa Promotora de Salud, sí está obligado a garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que le corresponden. Tal objetivo lo cumple a través de los contratos celebrados entre la Fiduciaria La Previsora y las diferentes IPS.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en el expediente, la normatividad aplicable al caso y lo expresado por las partes, se estima que en desarrollo de las potestades a que se hizo referencia anteriormente, se celebró un contrato entre la Fiduciaria La Previsora y la IPS Red Salud, contrato que terminó el 15 de julio de 2005, pues a partir de esa fecha a los docentes del Distrito Capital los atiende FERSALUD. U.T. -Médicos Asociados-

Determinado como está el régimen de seguridad social en salud aplicable a la actora, es necesario establecer si para el caso existe otro mecanismo de defensa judicial al que pueda acudir ésta en procura de que se le solucione el problema que plantea; de igual manera se debe analizar si para el caso se presenta un perjuicio irremediable y si la entidad demandada es realmente la obligada a suministrar el resultado del examen médico que se reclama, todo ello con el fin de precisar si es la acción de tutela el medio idóneo para exigir la protección de los derechos presuntamente vulnerados, que invoca la tutelante en su demanda.

En el caso en estudio la Sala advierte que no obstante que la señora Amparo Castaño Yepes, es una persona que sufre de varias dolencias, su situación de salud no reviste tal gravedad, que amerite el amparo constitucional que se reclama, pues no se evidencia que con la omisión en la entrega del examen médico que reclama a la actora se le ocasione un perjuicio irremediable que justifique el desplazamiento de los medios ordinarios y la procedencia de la acción de tutela. En este análisis se tiene en cuenta que su derecho a la salud se encuentra garantizado al encontrarse actualmente afiliada a FERSALUD. U.T. -Médicos Asociados-.

De igual manera, se estima que la demandante cuenta con otros medios de defensa para

lograr la entrega del resultado del electroencefalograma que reclama, como son agotar el trámite pertinente ante la IPS Red Salud o acudir ante la Superintendencia de Salud o ante la entidad encargada de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del contrato celebrado entre la IPS Red Salud y la Fiduciaria La Previsora.

La acción de tutela resulta igualmente improcedente, por configurarse el fenómeno de falta de legitimación pasiva de la tutela, evento que se presenta en este caso, dado que la actora no está afiliada a la Seguridad Social en Salud en la E.P.S. RED SALUD, y por tanto esta entidad no es responsable por la omisión en la entrega del resultado del electroencefalograma que reclama.

Por lo tanto la Sala procederá a confirmar el fallo de segunda instancia dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, que a su vez confirmó la providencia dictada por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá que había denegado el amparo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia del 30 de septiembre de 2005, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, se confirmó a su vez, la decisión adoptada el 22 de agosto de 2005 por el Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá, que había denegado el amparo solicitado dentro de la acción de tutela promovida por Amparo Castaño Yepes, contra de la Red Salud EPS.

Segundo. LIBRESE, por Secretaría, la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ley 100 de 1993, artículo 157 y Decreto 806 de 1998, artículo 25.

2 Ley 100 de 1993, artículo 160 y Decreto 806 de 1998, artículos 26 a 29.

3 Decreto 806 de 1998, artículo 42 y sgtes.

4 Al respecto se puede consultar la Sentencia C-572/03 M.P. Jaime Araujo Rentería.

5 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Sentencia T-348 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

7 SC-461/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-173/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SC-665/96 (MP. Hernando Herrera Vergara).

8 Sentencia T-348 de 1997.

9 Sentencia Ibídem.

10 Dicha escritura ha sido prorrogada por las escrituras públicas N° 1736 de junio 18 de 1993, N° 5818 de junio 20 de 1996 y N° 1028 de junio de 1997, entre otras.

11 Ley 91 de 1989, artículo 5°, numerales 1° y 2°

12 Ley 91 de 1989, artículo 3°

13 Ver Sentencia T-905/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Ver Sentencia T-144 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

15 Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la Sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E).

16 M.P. Fabio Morón Díaz.

17 Sociedad de Economía Mixta sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, para el manejo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.