

Sentencia T-267/06

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Procedencia de tutela

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Régimen especial de seguridad social en salud para los docentes

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Régimen de beneficiarios de servicios de salud

PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Alcance

Referencia: expedientes acumulados T-1218408, T-1218446, T-1218447, T-1218448, T-1232348, T-1239608, T-1241416, T-1243539 y T-1278720.

Acciones de tutela instauradas por Ana Belén Ordóñez de Yoscua, María Lilia Castaño Fernández, Filadelfo Yoscua Alfonso, Flor Niño Becerra en representación de Jorge Guillermo Niño Jiménez, Tránsito Prieto de Gutiérrez, María Luisa Ceballos de Marín, Guiomar Delgado de Bocanegra, Hersilia Téllez de Delgado, Octavio Gómez y Anais Elvira Gómez de Bejarano, contra el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A., Colombiana de Salud I.P.S. y Cosmitet Ltda. I.P.S.

Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Belén Ordóñez de Yoscua; el proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por María Lilia Castaño Fernández; el dictado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Filadelfo Yoscua Alfonso; el proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Flor Niño Becerra en representación de Jorge Guillermo Niño Jiménez; el dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, dentro de la acción de tutela instaurada por Tránsito Prieto de Gutiérrez; el adoptado por el Juzgado Penal Municipal de Sevilla Valle, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por María Luisa Ceballos de Marín; los proferidos por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela instaurada por Guiomar Delgado de Bocanegra y Hersilia Téllez de Delgado, los dictados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela iniciada por Octavio Gómez, y el adoptado por el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Anais Elvira Gómez

de Bejarano.

Mediante autos de noviembre 3 y 28 de 2005, la Sala de Selección de Tutelas N° 11 de esta Corporación, decidió seleccionar los procesos de tutela radicados bajo los números T-1218408, T-1218446, T-1218447, T-1218448 y 1232348, para su revisión ante la Corte.

Posteriormente la Sala de Selección de Tutelas N° 12, en Auto de diciembre 9 de 2005, seleccionó para su revisión los expedientes de tutela número T-1239608, T-1241416 y T-1243539. Estos últimos procesos fueron acumulados a los primeros mediante auto de enero 23 de 2006, proferido por la Sala Novena de Revisión de esta Corporación. Lo propio ocurrió con el expediente T-1278720 seleccionado mediante Auto de febrero 24 de 2006 por la Sala N° 2 de Selección, y que se acumuló a los demás a través de Auto de marzo 7 de 2006, proferido por esta misma Sala de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Ana Belén Ordóñez de Yoscua, María Lilia Castaño Fernández, Filadelfo Yoscua Alfonso, Flor Niño Becerra en representación de Jorge Guillermo Niño Jiménez, Tránsito Prieto de Gutiérrez, María Luisa Ceballos de Marín, Guiomar Delgado de Bocanegra, Hersilia Téllez de Delgado, Octavio Gómez y Anais Elvira Gómez, instauraron sendas acciones de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A., Colombiana de Salud I.P.S. y Cosmitet Ltda. I.P.S. (estas dos últimas instituciones fueron demandadas sólo en los expedientes T-1232348 y T-1239608 respectivamente), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, a la igualdad, a la protección de la tercera edad y a la dignidad humana.

1.- Relación temática de los expedientes acumulados.

La controversia suscitada en todos los expedientes acumulados tiene como punto de origen, la exclusión de la calidad de beneficiarios directos en materia de salud, a los padres de los docentes casados o solteros con hijos, pese a que dependan económicamente de éstos. La mencionada exclusión fue adoptada por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Acuerdo N° 004 de julio 22 de 2004 "Por medio del cual se modifica el sistema de servicios medico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"¹, que se vio reflejada en los términos de referencia de la invitación pública N° 143 de enero 18 de 2005², mediante la cual la Fiduciaria La Previsora S.A. (quien en virtud de un contrato de fiducia mercantil con el Ministerio de Educación Nacional maneja los recursos del Fondo), por delegación de la Junta Directiva del Fondo, seleccionó y contrató las instituciones³ que en último término prestan los servicios medico asistenciales de los docentes y sus beneficiarios.

Los accionantes manifiestan ser padres de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dependientes económicamente de éstos, pertenecientes a la tercera edad, con delicadas afecciones en su salud y que de tiempo atrás han venido recibiendo en calidad de beneficiarios de sus hijos, los servicios de salud en las respectivas I.P.S. contratadas por la Fiduciaria, sin restricción alguna. Dicen que sólo ahora, a raíz de la expedición del Acuerdo N° 004 de 2004 y de la nueva contratación, se han visto privados de la prestación de los servicios medico asistenciales, puesto que ya no aparecen en la base de datos de la fiduciaria La Previsora S.A. ni en la de las I.P.S. en las que se les atendía como beneficiarios, por cuanto no cumplen con el requisito de que sus hijos docentes sean solteros y sin hijos, negándoseles en consecuencia la atención en salud que requieren.

Afirman que la desprotección a que están sometidos por su retiro de la cobertura de

beneficiarios desde el mes de julio de 2005, ocasiona además del agravamiento de su estado de salud, un detrimiento económico, por cuanto deben acudir con cierta frecuencia al servicio de salud prestado por particulares, y que dada la dependencia económica respecto a sus hijos, son ellos quienes deben sufragar los gastos que por tal motivo se ocasionan.

Informan en cada caso, las siguientes particularidades:

* Ana Belén Ordóñez (T-1218408) de 69 años de edad, madre de la docente Ludibia Yoscua, beneficiaria en salud desde el año 2000, da cuenta del padecimiento de hipertensión arterial y la necesidad del suministro de varios medicamentos;

* María Lilia Castaño (T-1218446) de 58 años de edad, madre de la docente Ligia Gamboa, beneficiaria en salud desde 1999, informa que padece de diabetes, hipertensión arterial y neumonía. Dice que sufrió un infarto, realizándosele una revascularización cardiaca, requiriendo de medicinas y tratamiento permanente;

* Filadelfo Yoscua Alfonso (T-1218447) de 75 años de edad, padre de la docente Ludibia Yoscua, beneficiario en salud desde el año 2000, indica que perdió su ojo derecho y padece de ceguera parcial del izquierdo, siéndole implantado un lente intraocular, requiriendo de medicamentos y control especializado;

* Jorge Guillermo Niño Jiménez (T-1218448) de 86 años de edad, padre de la docente Flor Niño de Mendoza (quien interpuso la tutela como agente oficiosa), beneficiario en salud desde hace más de 7 años, expone que padece de insuficiencia respiratoria y coronaria, le fue implantado un marcapasos y es oxígeno-dependiente, requiriendo de costosos medicamentos, balas de oxígeno y control especializado;

* Tránsito Prieto Gutiérrez (T-1232348) de 84 años de edad, padre de la docente Blanca Emma Gutiérrez, beneficiaria en salud desde el año 2000, manifiesta padecer de hipertensión arterial y requerir de tratamiento;

* María Luisa Ceballos (T-1239608) de 76 años de edad, madre del docente Orlando Antonio Marín, beneficiaria en salud desde hace más de 2 años, informa sufrir de hipertensión arterial y necesitar de tratamiento;

* Hersilia Téllez de Delgado (T-1241416) de 81 años de edad, madre de la docente pensionada Guiomar Delgado de Bocanegra, da cuenta de padecer graves problemas de tensión sobre el que necesita permanente control;

* Octavio Gómez (T-1243539) de 89 años de edad, padre de la docente Graciela Gómez Ríos, beneficiario en salud desde el año 1997, informa que venía recibiendo tratamiento por padecer de bronquitis crónica y que requiere de oxígeno domiciliario e inhaladores; y,

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* Anais Elvira Gómez de Bejarano (T-1278720) de 78 años de edad, madre del docente Santos Aquilino Bejarano Gómez, beneficiaria en salud desde hace más de 5 años, da cuenta de padecer de diabetes, arritmia cardiaca, osteoporosis, colón irritable, gastritis y epoc pulmonar (con tratamiento de oxígeno 16 horas al día), enfermedades sobre las que indica requiere de medicamentos y permanente control.

Por las razones anteriores pretenden que se declare que las entidades demandadas han violado de manera flagrante sus derechos fundamentales. Solicitan sean incluidos nuevamente como beneficiarios en salud de sus hijos docentes, garantizándose la

continuidad en la prestación de los servicios médico asistenciales que venían recibiendo y los que ha futuro requieran.

2. Respuesta de las entidades demandadas.

2.1. Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A.

En los escritos de respuesta a todas las acciones de tutela acumuladas, el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Asesora Jurídica, y la Fiduciaria La Previsora S.A., por medio de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, pidieron se desestimaran las acciones de tutela, exponiendo los mismos argumentos de defensa⁴, que pueden resumirse de la siguiente manera:

Afirman que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, cuyos recursos son administrados actualmente por la Fiduprevisora S.A., a través de un contrato de fiducia mercantil, suscrito por el Gobierno Nacional. Agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se encuentran sujetos al Sistema Integral de Seguridad Social.

Señalan que la Ley 91 de 1989 fijó el régimen de seguridad social de los docentes y determinó que “con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales que se contratará con entidades de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.”

Expresan que el Consejo Directivo del Fondo determinó las nuevas coberturas de atención en salud y que en ellas “se desplazan los padres del educador casado o soltero y con hijos, pues para que sean beneficiarios debe ser el educador soltero y no tener hijos.” Aseguran que la decisión del Consejo no fue caprichosa, puesto que “el modelo de contratación y financiación, así como la estructura financiera y de aportes para los servicios médicos asistenciales para el Magisterio en Colombia, implica necesariamente limitaciones en los planes para los beneficiarios de los educadores...”, en aras de preservar la estabilidad económica del Fondo.

Hacen referencia, como argumento adicional para justificar el retiro del servicio médico a los accionantes, al artículo 14 del decreto 1703 de 20025, mediante el cual se fijaron las reglas para evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos de las personas que pertenezcan a los regímenes especiales. Con base en ello concluyeron que: “...la prestación de los servicios médicos es exclusiva para los docentes y si la situación financiera del Fondo no es suficiente, no puede extenderse la prestación a otros miembros de la familia.”

Agregan que tanto el Ministerio como la Fiduciaria no son competentes para determinar quiénes pueden ser beneficiarios, pues esta es una función del Consejo Directivo del Fondo, el cual aprobó el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para los usuarios a través del acuerdo N° 4 del 22 de julio de 2004. Añaden que mediante el acuerdo N° 13 del 30 de diciembre de 2004 el Consejo “...aprobó los Términos de Referencia de la invitación 143 de 2005 para la prestación de los servicios de salud para afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios en el territorio nacional en los cuales se indicó en forma expresa que los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud se prestará a todos los usuarios...”. Mencionan que en la misma invitación se determinó con claridad quiénes eran los usuarios, y que los actores de las tutelas no reúnen los requisitos para ser considerados como tales.

Finalmente señalan, que los accionantes pueden afiliarse al Sistema a través de uno de los

regímenes comunes, ya sea el contributivo o el subsidiado, para que puedan acceder a los servicios que demandan.

2.2. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C.

Dentro de los expedientes T-1218408, T-1218446, T-1218448, T-1243539 y T-1278720, la Coordinación del Fondo Prestacional de Bogotá, dio respuesta a las acciones de tutela informando que la entidad llamada a responder por los hechos imputados era el Ministerio de Educación Nacional, ente que preside el Consejo Directivo del Fondo y que suscribió el contrato de fiducia mercantil. Indica además que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por la fiduciaria La Previsora S.A.

2.3. Colombiana de Salud S.A. I.P.S.

Dentro del expediente T-1232348, fue demandada además la Institución Prestadora de Servicios – “Colombiana de Salud”, quien dio respuesta a la acción de tutela a través de su Asesor Jurídico, señalando que la entidad es una I.P.S. que cumple su objeto social atendiendo los cotizantes o beneficiarios que la “Fiduprevisora S.A.” autoriza sean atendidos conforme su base de datos.

Comenta que “para que la Fiduprevisora cumpla con la función de EPS administrando los recursos del Fondo y suministrando la atención médica, genera la Contratación de Colombiana de Salud S.A. en el entendido que son ellos quienes informa a nuestra entidad quienes son cotizantes o beneficiarios activos para que se les preste el servicio”.

Dice además, que el Fondo y la fiduciaria mediante invitación pública N° 143 de 2005, adelantaron el proceso de selección para contratar los servicios médicos de una I.P.S., siendo seleccionada en la nueva contratación la Unión Temporal Medicol, quien en la actualidad es la que presta los servicios médicos a los afiliados a dicho fondo. Por lo anterior pide se desestime la acción en su contra.

2.3. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Valle.

En el expediente T-1239608, el Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Valle del Cauca, por medio de su Coordinador, informa que el Fondo “contrató a través del proceso de licitación pública los servicios del Consorcio Cosmitet Medinorte, para atender todos los servicios médico asistenciales de los afiliados a este Fondo, licitación que como proceso de contratación pública contó con términos de referencia que impusieron las obligaciones para el contratista”. Dice que la mencionada contratación se efectuó a través de la fiduciaria La Previsora S.A. que es la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Considera que la tutela no puede dirigirse contra la entidad, por cuanto esta no tiene personería jurídica y no existe relación contractual con la I.P.S. Cosmitet Ltda., quien es la que finalmente presta el servicio de salud.

2.4. Cosmitet Ltda. I.P.S.

En el expediente T-1239608, fue demandada igualmente la Institución Prestadora de Servicios – “Cosmitet Ltda.”, quien dio respuesta a la acción de tutela a través de su Asesor Jurídico, solicitando no se accediera a las pretensiones de la acción. Señala que “es un hecho

cierto dentro del proceso que la señora María Luisa Ceballos de Marín, es beneficiaria madre del grupo familiar de cotizante de estado civil casado y con hijos a los cuales prestamos servicios de salud, motivo por el cual aparece inactiva la beneficiaria madre de la base de datos reportada por la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., en cumplimiento de las estipulaciones contractuales establecidas por la Fiduprevisora S.A.”.

Comenta que Cosmitet Ltda. no capta dineros de los afiliados, ni crea planes de beneficiarios y coberturas, como tampoco establece quienes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios, pues todas estas funciones radican en la Fiduciaria. Adicionalmente, informa que “Cosmitet Ltda. prestó los servicios integrales en salud requeridos por la señora María Luisa Ceballos hasta el 30 de junio de 2005, en cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., pero a partir del 1 de julio de 2005 no estamos obligados a continuar asumiendo la atención de la señora María, pues nuestro contratante no la ha reportado como beneficiaria”.

1. Pruebas relevantes que obran dentro de los expedientes.

Entre las pruebas aportadas en el trámite de las acciones de tutela, la Sala destaca las siguientes:

Expediente T-1218408: Ana Belén Ordóñez de Yoscua.

* Copia del Acuerdo N° 04 de julio 22 de 2004, proferido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. (folios 9 a 10).

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud IPS de la señora Ana Belén Ordóñez, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 01).

* Copias de resultados de laboratorio clínico especializado y ordenes médicas que dan cuenta de la afectación a la salud de la accionante (folios 2 a 8).

Expediente T-1218446: María Lilia Castaño Fernández.

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud IPS de la señora María Lilia Castaño Fernández, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 05).

* Copias de fórmulas médicas demostrativas de la afección en la salud de la actora y de la necesidad del suministro de medicamentos (folios 3 y 4).

Expediente T-1218447: Filadelfo Yoscua Alfonso.

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud IPS del señor Filadelfo Yoscua Alfonso, quien aparece en calidad de beneficiario (folio 01).

* Copias de exámenes clínicos, diagnósticos que informan sobre la perdida de la agudeza visual y electrocardiograma que indica “Posible infarto del miocardio” (folios 2 a 9).

Expediente T-1218448: Jorge Guillermo Niño Jiménez.

- * Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud IPS del señor Jorge Guillermo Niño Jiménez, quien aparece en calidad de beneficiario (folio 07).
- * Originales y copias de exámenes clínicos especializados, formulas y ordenes médicas expedidas por la IPS, que dan cuenta del problema cardiaco del actor, su implante de marcapasos y su oxígeno-dependencia (folios 8 a 30).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Expediente T-1232348: Tránsito Prieto de Gutiérrez.

- * Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Unión Temporal Colsalud de la señora Tránsito Prieto de Gutiérrez, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 04).
- * Copia parcial de los términos de referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005, para la contratación de las IPS que prestan los servicios de salud (folio 26).
- * Certificación original expedida por la UT Medicol, donde se indica que la señora Tránsito Prieto se encuentra registrada en la base de datos en calidad de beneficiaria, con fecha de afiliación 11/4/2000 y fecha de retiro 15/8/2005 - "Motivo de retiro: Inactivo padre de docente casado sin cobertura" (folio 27).

* Declaración rendida bajo juramento por la señora Tránsito Prieto de Gutiérrez, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, informando de los hechos que dieron origen a la tutela y de sus afecciones de salud (folios 17 a 20).

Expediente T-1239608: María Luisa Ceballos de Marín.

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Clínica Rey David - Consorcio Cosminorte de la señora María Luisa Ceballos de Marín, quien aparece en calidad de beneficiaria (folios 18 y 19).

* Declaración rendida bajo juramento por la señora María Luisa Ceballos de Marín, ante el Juzgado Penal Municipal de Sevilla, informando de los hechos que dieron origen a la tutela y de sus afecciones de salud (folios 26 y 27).

Expediente T-1241416: Hersilia Téllez de Delgado.

* Copia del carnet de la IPS “Medicos” de la señora Hersilia Téllez de Delgado, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 4).

Expediente T-1243539: Octavio Gómez.

* Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud IPS del señor Octavio Gómez, quien aparece en calidad de beneficiario (folio 01).

* Originales y copias de exámenes clínicos especializados, formulas y ordenes médicas expedidas por la IPS, que dan cuenta del problema cardiaco del actor (“cardioangioesclerosis”), y de “enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón reticulomedular difuso” (endobronquitis severa generalizada - antracosis obstructiva severa) y su oxigeno dependencia (folios 2 a 22).

Expediente T-1278720: Anais Elvira Gómez de Bejarano.

* Copia del carnet de Red Salud IPS de la señora Anais Elvira Gómez, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 16).

* Copias de exámenes clínicos, diagnósticos y ordenes médicas que informan sobre los problemas respiratorios y arteriales (folios 9 a 15).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

1. Expedientes T-1218408, T-1218446 y T-1218447.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Correspondió conocer de estas acciones de tutela a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., quien mediante providencias de septiembre 21 (Exp: T-1218447), 22 (Exp: T-1218408) y 26 de 2005 (Exp: T-1218446), negó la protección solicitada por los demandantes, tras considerar en todos los casos que: “De conformidad con

lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede “5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”, situación que, justamente, es la que se presenta en este caso, pues el acto por el cual se aprobó el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio, es un acto general, impersonal y abstracto, lo que hace improcedente el amparo solicitado...”. Concluye afirmando, que el acto administrativo que dispuso la exclusión de los actores, esto es, al Acuerdo N° 04 de 2004, debe ser controvertido ante la jurisdicción competente a través de la acción de nulidad.

Las sentencias no fueron impugnadas.

2. Expediente T-1218448.

Conoció de este proceso la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien a través del fallo de septiembre 27 de 2005, negó el amparo solicitado, considerando que la señora Flor Niño Becerra, hija del señor Jorge Guillermo Niño, no estaba legitimada en la causa por activa para interponer la tutela en nombre de su padre, pues “a pesar de que la demandante, acudió a este mecanismo constitucional, carece de los atributos requeridos para actuar, porque no ve la Sala que la misma actúe en su condición legal para reclamar derecho que por ministerio de la ley le corresponde a su progenitor, además que no adujo las razones por las que no instauraba la tutela el directo perjudicado, y el hecho de tener la accionante afiliado al servicio médico a su padre, no quiere decir ello que le asista legitimación para incoar esta demanda”.

La sentencia no fue impugnada.

3. Expediente T-1232348, T-1239608 y T-1278720.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el Juzgado Penal Municipal de Sevilla y el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, por medio de las sentencias de octubre 11 (T-1232348), octubre 25 (T-1239608) y noviembre 3 de 2005 (T-1278720) respectivamente, negaron las demandas impetradas después de considerar, bajo argumentos similares, que las accionantes conocían que los servicios de salud se les dejarían de prestar, pues tanto el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como la Fiduciaria La Previsora S.A. habían difundido tal situación a través de diferentes medios de comunicación y con la debida anticipación, razón por la cual las accionantes pudieron hacer las gestiones necesarias para afiliarse en el régimen contributivo o en subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de que habla la Ley 100 de 1993.

Asimismo, señalan que en los casos concretos no existe en cabeza de las accionantes un derecho subjetivo a recibir la prestación de los servicios de atención en salud como beneficiarias de quien cotiza, dado a que no existe conforme a la nueva reglamentación sobre las coberturas en salud, es decir, el Acuerdo N° 04 de 2004, tal posibilidad. Por último, consideran que no se probó que las dolencias de las actoras ocasionaran un perjuicio de carácter irremediable.

Las sentencias no fueron impugnadas.

4. Expediente T-1241416.

Conoció de este caso en primera instancia la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., que en sentencia de septiembre 14 de 2005 negó las pretensiones

de la demanda. En primer lugar aclara que la situación de la docente Guiomar Delgado de Bocanegra no encuadra dentro de los hechos de la tutela, por cuanto la afectada es su señora madre Hersilia Téllez Delgado, y en esa medida la providencia se encaminó sólo a tratar la situación de esta última. La providencia no amparó los derechos por cuanto “el proceder de la administración en el sentido de excluir a la señora Hersilia Téllez de Delgado como beneficiaria de su hija Guiomar Delgado de Bocanegra, se encuentra respaldado por los términos en que se celebró el contrato entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad médica encargada de prestar dicho servicio público, el que se reitera, es ley para las partes”. Además, que de ser lesivo el Acuerdo N° 04 de 2004, este puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción correspondiente.

Impugnada la anterior decisión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 31 de 2005 confirmó el fallo recurrido. Consideró que “no obra prueba alguna que demuestre que la determinación de no tener más a la señora Hersilia Téllez afiliada como beneficiaria de la señora Guimara Delgado, toda vez que no se cumplen las condiciones previstas en la norma que rige especialmente la situación planteada, puso en peligro la salud y mucho menos la vida de la señora Hersilia”.

5. Expediente T-1243539.

En primera instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., a través de la sentencia de septiembre 22 de 2005, no accedió a las pretensiones de la demanda. Considera que “el acto por medio del cual se aprobó el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el Magisterio, es de carácter general, impersonal y abstracto, por lo que al amparo del art. 6º num. 5º del Decreto 2591/91 es improcedente el amparo solicitado”. Igualmente, aduce que al permitirse ser beneficiario al accionante de su hija sin reunir las exigencias legales, además de quebrantarse el ordenamiento que así lo establece, se estaría poniendo en peligro el equilibrio financiero del Fondo. Por último señala que si el

actor pretende es la atención médica, puede afiliarse al régimen contributivo o subsidiado como lo prevé la Ley 100 de 1993.

Impugnada la decisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia de noviembre 8 de 2005, confirmó el fallo anterior al considerar que el actor no demostró su dependencia económica frente a su hija docente. Dijo además, que “en últimas, también pudiera acceder mediante el régimen subsidiado previsto en la Ley 100 de 1993”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes.

2. Problemas jurídicos.

En esta oportunidad corresponde a la Sala establecer, en primer término, (i) si dadas las circunstancias particulares la acción de tutela resulta procedente para controvertir la decisión del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que dispone nuevas condiciones contractuales para el acceso y prestación de los servicios medico-asistenciales a los afiliados. Sólo de llegar a la conclusión de que la tutela tiene

vocación de procedibilidad, se analizará (ii) si la decisión del Fondo vulnera los derechos fundamentales de los accionantes, teniendo en cuenta que son personas de la tercera edad, con graves afecciones de salud, que dependen económicamente de sus hijos docentes y que no cuentan con un servicio de salud propio.

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; (ii) el régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, (iii) los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud.

3. Viabilidad de la acción de tutela pese a existir otros mecanismos de defensa judicial. Procedencia en los casos concretos.

3.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias⁶. El artículo 86 C.P. es claro al establecer que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa, excepto que ella sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para obtener una protección cierta, efectiva y concreta del derecho

fundamental vulnerado o amenazado. Lo que implica que dicho medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental vulnerado o se proteja de su amenaza⁷.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Esa aptitud del otro medio debe ser analizada en concreto verificadas las circunstancias del solicitante y el derecho fundamental de que se trata. En consecuencia -ha dicho la Corte-, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces⁸.

3.2. Ahora bien, a pesar de la existencia de otro medio de defensa, el Constituyente dispuso que, como excepción a la regla general, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando lo pretendido sea evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Un perjuicio se califica como irremediable cuando es (i) 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, y (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 persona⁹.

Por otra parte, esta Corte ha manifestado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben

estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad¹⁰.

3.3. Esta Corporación en anteriores ocasiones se ha pronunciado sobre conflictos semejantes a los ahora suscitados, originados por la negación de la afiliación de los accionantes al sistema de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al evaluar la Corte las condiciones de procedibilidad de las tutelas, encontró que dadas las particularidades concretas, no se configuraban en ellas la inminencia de un perjuicio irremediable, por tanto, debía acudirse a las vías judiciales ordinarias procedentes.

Es así como en la Sentencia T-348 de 1997¹¹ la Corte consideró:

“En efecto, las decisiones que adopte la IPS en ejecución del contrato, los términos de este último e incluso las instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se traducen en actos que son susceptibles de impugnación judicial por medios ordinarios que, en principio, desplazan a la acción de tutela.

“Ciertamente, la jurisdicción civil es la competente para conocer acerca de cualquier controversia que se suscite con ocasión del cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Cooperadores I.P.S. S.A. En consecuencia, si el actor estima que el contratista está incumpliendo los términos del mencionado acuerdo puede acudir a la administración de justicia para que, a través de un proceso civil ordinario, se resuelva su solicitud. De otra parte, no pueden dejar de mencionarse otros mecanismos que, pese a no

tener carácter judicial, ofrecen al actor alternativas para la defensa de sus intereses. Así por ejemplo, le resulta posible acudir a la Superintendencia de Salud o al Comité Regional del Fondo de Prestaciones del Magisterio del Departamento del Valle del Cauca¹² con el fin de que estas entidades verifiquen el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

“Sin embargo, si lo que el actor quiere impugnar es el contenido mismo del citado acuerdo, por considerar que vulnera normas de rango constitucional, podría solicitar la declaratoria de una nulidad absoluta por objeto ilícito (C.C., artículos 1519, 1741 y 1742) a través de un proceso civil ordinario (C.P.C., artículos 397 a 407).”

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-905 de 2004¹³, al establecerse que se trataba del mismo problema jurídico, decidiéndose como consecuencia, confirmar la decisión que negó la solicitud de amparo.

No obstante la posición anterior, cuyo resultado fue fruto de las condiciones particulares de los actores, la Corte en recientes pronunciamientos (Sentencias T-351 de 2005¹⁴ y T-015 de 2006¹⁵) decidió conceder el amparo, pese a establecer la procedencia de otros mecanismos de defensa judicial, pues evidenció la inminencia de un perjuicio irremediable en cabeza de los actores, quienes pertenecían a la tercera edad, padecían graves enfermedades, dependían económicamente de sus parientes y no estaban afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud en ninguno de los regímenes.

3.4. En esta oportunidad los actores buscan ser nuevamente incluidos como beneficiarios de sus hijos docentes al sistema de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como se encontraban meses atrás, antes de la decisión del Consejo Directivo del Fondo de modificar la cobertura de beneficiarios, que terminó por excluirlos.

En primer lugar, resulta claro que para este tipo de conflictos proceden otros mecanismos de defensa judicial como lo destacan las sentencias atrás aludidas, pues se están controvirtiendo los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que por lo demás, se tratan de actos de carácter general, impersonal y abstracto, con repercusiones en materia contractual. No obstante, la Sala considera que en esta ocasión debe estudiarse la procedencia de la acción desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable, pues se evidencia que los accionantes se encuentran ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues todos pertenecen a la tercera edad¹⁶, siendo sujetos de especial protección constitucional por sus condiciones de debilidad manifiesta¹⁷. Igualmente, los actores padecen graves afecciones de salud que requieren de permanente control y tratamiento¹⁸, y no se encuentran afiliados a ningún plan de atención dentro del sistema de seguridad social. Y, por último, afirman no contar con ingresos propios ni estar pensionados, dependiendo económicamente de sus hijos docentes. Estas afirmaciones no fueron en forma alguna controvertidas.

No sobra aclarar, que la acción de tutela procede de forma excepcional frente a actos generales, impersonales y abstractos¹⁹, cuando de su aplicación surja la afectación en concreto de los derechos fundamentales de sujetos en particular, tal como se sostuvo en la Sentencia T-1098 de 2004²⁰, según la cual:

“En estas condiciones, para la Sala resulta claro que el requisito controvertido por el actor está vertido en un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, en el cual se plasma la voluntad de la administración que, para el caso sometido a examen, corresponde a la de llevar a cabo un proceso de selección. Así mismo, se tiene que esta decisión se expresa con fundamento en una competencia legal asignada al director de la institución y todas las características descritas le otorgan a su vez la vocación de producir plenos efectos jurídicos, al tiempo que la ampara con la presunción de legalidad de que

gozan este tipo de actos.

(...)

Así las cosas, es claro que escapa de la competencia del juez de tutela la pretensión que subyace en los argumentos expresados por el accionante, de que actúe como juez abstracto del contenido de un acto administrativo de tal naturaleza. Ello sin embargo, no impide al juez que conoce del amparo entrar a determinar si tales contenidos pueden lesionar derechos fundamentales en un evento particular, caso en el cual puede proceder ordenando su inaplicación, que no equivale en modo alguno a un pronunciamiento definitivo sobre la validez del acto.

En efecto, la Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquéllas²¹, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico" (Negrilla fuera de texto).

Por todo lo anterior, la Sala observa en los casos sometidos a revisión, que a pesar de contar los accionantes con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, sus condiciones específicas de vida hacen temer que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre sus demandas. De esta manera, desde la perspectiva de admisibilidad amplia propia de este tipo de casos, se aprecia que el perjuicio irremediable que se pretende prevenir con la acción de tutela de la referencia es: (a) cierto e inminente - puesto que se ha acreditado que los actores no están afiliados a ningún sistema de seguridad social en salud; (b) grave - dado que la salud de los accionantes se encuentra

comprometida; y (c) de urgente atención – por cuanto, dadas sus condiciones personales, exigirles que adelanten los procesos judiciales ordinarios equivale a desproteger por completo su salud y bienestar durante un largo período, lo cual contraría claras disposiciones constitucionales sobre la especial protección que se debe dispensar a este grupo de población.

Dentro de este contexto, se concluye que las acciones de tutela en esta oportunidad son el medio idóneo para proteger los derechos fundamentales de manera inmediata, eficaz y completa, en aras de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4. El régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.1. 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”²².

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – al cual deben afiliarse todos los docentes del servicio público educativo que se encuentren vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales²³ – fue creado mediante la Ley 91 de 1989²⁴.

Para lo que interesa en esta ocasión, 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 3º y 5º 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, la que hoy en día es 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 Fondo²⁵.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De esta manera, resulta claro que de acuerdo con las atribuciones del Fondo del Magisterio, es a este Fondo a quien le corresponde tomar las decisiones, encaminadas a que sus afiliados gocen de protección en seguridad social en salud.

4.2. Es cierto que por medio de la normatividad citada se les busca garantizar a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la prestación de los servicios médico-asistenciales. Sin embargo, no existe una regulación especial que permita definir con exactitud cuales son los servicios mínimos a los que tienen derecho. Lo mismo ocurre en el caso de sus beneficiarios, pues, en la medida en que los titulares no tienen establecido el ámbito en el que operan los servicios de asistencia, tampoco respecto de aquellos existe mandatos de los cuales se pueda deducir quiénes ostentan ese carácter, los requisitos de acceso al servicio y/o sus excepciones.

Estas falencias legales y reglamentarias ya habían sido detectadas por la Corte, al punto de que en la sentencia T-348 de 1997 se exhortó al Congreso para que reglamentara directamente sobre la materia²⁶. En lo pertinente se dijo al respecto:

“9. Las normas legales vigentes, no contienen disposición o remisión normativa alguna a partir de la cual sea posible establecer cuáles son los servicios médico-asistenciales mínimos a que tienen derecho los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

“Según la información suministrada a esta Sala de Revisión por parte del Ministerio de Educación y la fiduciaria La Previsora Ltda, el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se fija a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria y la empresa que preste los servicios médico-asistenciales.

“En este sentido, el numeral 5° 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 Magisterio²⁷, 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 3°-c)²⁸.

“(…)

“Lo anterior determina que no exista homogeneidad nacional en punto a los servicios de salud y a la atención a beneficiarios, toda vez que éstas dependen de las particularidades del proceso de oferta y contratación a nivel de cada departamento, proceso en el cual deben respetarse derechos adquiridos por los docentes mediante reivindicaciones de carácter regional. De igual forma, los costos de los servicios médicos a nivel departamental varían, situación que ha implicado, en muchos casos, que la parte del aporte que efectúa la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, destinado a servicios de salud resulte modificado según el costo de estos servicios en el departamento de que se trate. En otros casos, los mismos maestros han decidido, en forma voluntaria, adicionar puntos al monto de la cotización que les corresponde aportar al Fondo, con la finalidad de aumentar las coberturas de servicios o ampliar el número de personas incluidas en el régimen de beneficiarios.

“(…)

“14. En síntesis, el sistema legal de seguridad social en salud de los educadores estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no consagra el régimen de beneficiarios de los servicios de salud, el que queda librado a la discrecionalidad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a lo que se establezca en los contratos de prestación de servicios que, a nivel departamental, suscriba la fiduciaria La Previsora Ltda con la entidad regional prestadora de servicios de salud que resulte seleccionada luego del proceso contractual descrito más arriba...”

Recientemente esta Corporación volvió a señalar la omisión legal en la Sentencia T-015 de 2006, así:

“La regulación jurídica del Fondo permite concluir que no existe una reglamentación legal precisa sobre los beneficiarios y los servicios mínimos a los que tienen derecho los afiliados al Fondo, puesto que su definición depende de los parámetros - cambiantes - que fije el Consejo Directivo del Fondo y de la situación de cada una de los departamentos del país. Ello explica que, por ejemplo, antes de la expedición de los nuevos acuerdos por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya rigiera en los departamentos de Antioquia y Santander la prohibición de inscribir como beneficiarios a los padres de los docentes afiliados, cuando éstos tenían ya registrados como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos 29”.

Dentro de los diversos factores que provocaban la variación de servicios y beneficiarios se pueden contar, por una parte, (i) los costos de los servicios médicos en cuanto no coinciden en todas las regiones, lo que implica que el aporte efectuado por la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resulte modificado según el costo de los servicios en el respectivo departamento; y por la otra, (ii) la decisión voluntaria de los maestros de ciertos departamentos de aumentar el valor de las cotizaciones al Fondo, con el único fin de ampliar la cobertura del servicio en relación con las prestaciones mínimas.

Así pues, el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se

determinaba a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien correspondía la atención de los usuarios.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4.3. En cuanto a lo que ahora interesa, se tiene que sólo a partir del Acuerdo N° 04 de julio 22 de 2004 (“por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”), proferido por el Consejo Directivo del Fondo, se optó por la unificación a nivel nacional de la cobertura de beneficiarios, disponiéndose:

“Artículo 1º. Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales:

“1. Régimen especial. El Consejo Directivo decidió que el modelo de prestación de servicios de salud a los docentes parte del respeto del régimen excepcional de los docentes.

“2. Cobertura. El Consejo Directivo acordó que los beneficiarios del sistema de salud de los docentes son los existentes hoy en día en el modelo vigente, nivelando nacionalmente con las siguientes adiciones:

“a. los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo;

“b. los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado

“c. los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado.

(...)"

Posteriormente, a través del Acuerdo N° 013 de diciembre 30 de 2004, el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio aprobó los Términos de Referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005, para contratar la prestación de los servicios de salud para afiliados y beneficiarios del Fondo. En dicho Acuerdo se estableció:

“(...) los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud se prestarán a todos los usuarios, entendiéndose como usuarios lo siguientes:

“Afiliados: Docentes activos y docentes pensionados que cotizan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

“Beneficiarios: el grupo de beneficiarios de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podría estar conformado por el grupo familiar descrito a continuación:

“- El cónyuge.

“- El compañero(a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según las normas vigentes.

“- Los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad.

“- Los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente.

“- Los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante diurno (validada semestral o anualmente según corresponda): se debe incluir para estos casos los períodos de vacaciones.

“- Las hijas beneficiarias según coberturas anteriores y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros treinta días de edad.

“- Los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este.” (subrayas no originales)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De la lectura del Acuerdo N° 04 de 2004 no se infiere que los padres de los educadores casados y con hijos hayan perdido la calidad de beneficiarios, sino que la exclusión se presentó en el acto aprobatorio de los términos de referencia de la invitación a contratar, esto es, en el Acuerdo N° 013 de 2004, que impide a la Fiduciaria La Previsora y finalmente a las IPS contratadas, prestar los servicios médico asistenciales a los padres de los educadores casados o solteros con hijos, y que en últimas, dio origen al presente conflicto.

5. De los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud.

El Sistema General de Seguridad Social Integral contenido en la Ley 100 de 1993 se encuentra regido, entre otros principios, por el de progresividad y el de continuidad, los cuales encuentran su fundamento constitucional en el artículo 49 de la Carta Política, y a pesar de que la en la mayoría de los casos la jurisprudencia se ha referido a estos principios en cuanto al sistema general, sus consideraciones son extensivas a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes.

5.1. La Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que a pesar de que los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado³⁰, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado

en la protección de esos derechos³¹. Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. Por una parte, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho. Y por otra, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas.

La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido en decisiones de constitucionalidad³².

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, pues se presumiría que la decisión es en principio inconstitucional, y por ello esta Corporación ha asumido en el control constitucional una posición estricta al respecto³³. Para que pueda ser ajustado a la Carta Política, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Precisamente, con base en esos criterios, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social. Dijo entonces esta Corporación en la sentencia C-1165 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra:

“Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la

cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.

Resulta igualmente vulneratorio de la Carta el citado artículo 34 de la Ley 344 de 1996, pues, como fácilmente se advierte, no obstante lo dispuesto por el artículo 366 de la Constitución en el sentido de que el “gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”, la norma acusada, por razones que obedecen a otros criterios, so pretexto de la “racionalización del gasto público”, optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por ella.

Otra sería la conclusión si por la extensión progresiva de la cobertura de la Seguridad Social esta ya hubiera abarcado la totalidad de la población colombiana, o si se encontrara demostrado que la disminución de los recursos ocurre como consecuencia de haber disminuido el número de quienes necesitan acudir al régimen subsidiado de salud porque no pueden cotizar al régimen contributivo, pero, como es otra muy distinta la realidad social actualmente existente, de manera transparente surge como conclusión ineludible que el artículo 34 de la Ley 344 de 1996, sólo es un instrumento para hacer más pequeño, disminuyéndolo en los porcentajes allí señalados, el aporte del Presupuesto Nacional al régimen subsidiado de salud en los recursos asignados o que deben asignarse al Fondo de Seguridad y Garantía necesario para la operancia de ese régimen creado por el legislador en beneficio de quienes, salvo sus necesidades de salud, nada pueden aportar y por eso no caben en el régimen contributivo”.

El criterio adoptado por esta Corporación sobre el control más estricto de toda aquella medida que constituya un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (Art. 93), ha elaborado una amplia doctrina sobre el derecho a la salud. En particular, en su período No 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité adoptó la “Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (Art. 12)”, en donde destaca, entre otras cosas, que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Parr. 32).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, podría decirse que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población. Sin embargo, y sin la intención de desarrollar una doctrina sistemática sobre la noción de retroceso en la realización de los derechos sociales, es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud.

5.2. De otra parte, en cuanto al principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, que hace parte de otro principio más amplio en materia de prestación de servicios públicos, como es el de eficiencia, supone la no interrupción de aquellos sin que medie una

causa legal justificable constitucionalmente. La continuidad en la prestación de servicios públicos, y en concreto el de salud, garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten las garantías fundamentales de los usuarios.

La jurisprudencia constitucional ha fijado un amplio alcance del principio de continuidad del servicio público de salud, garantizando que una persona continúe recibiendo un tratamiento o un medicamento que sea necesario para proteger principalmente sus derechos a la vida y a la integridad. La protección efectiva de estos derechos fundamentales lleva al juez de tutela a impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

De tiempo atrás la Corte se ha pronunciado sobre el principio de continuidad en la prestación del servicio de atención en salud, dándole una importante relevancia constitucional. Así por ejemplo, en la sentencia SU-562 de 1999 se señaló:

“Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”³⁴. Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”³⁵. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.³⁶ Jean Rivero³⁷ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”.”

Esta Corporación ha señalado que quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad³⁸.

En la sentencia T-935 de 2002 entre otras, la Corte precisó que si bien es cierto que las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, en la medida en que a través de ellas se garantiza su eficiente prestación, “éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se vea seriamente comprometido”. Por tal razón, en esa decisión esta Corporación concluyó

que la suspensión de un servicio de salud, aún cuando ésta tenga origen en una disposición legal “resulta desproporcionada e injusta, y más, como se indicó, cuando estaba involucrada la vida de un menor³⁹”.

De igual forma, en la sentencia T-170 de 2002, la Corte reconstruyó las subreglas para establecer si los motivos usados por una EPS para interrumpir la prestación de un servicio de salud son constitucionalmente aceptables. Al respecto indicó que no pueden suspenderse los tratamientos o medicamentos que han sido prescritos a una persona, si se da el caso que i) la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos⁴⁰, ii) la persona perdió la calidad de beneficiario por cualquiera de las hipótesis establecidas en la ley⁴¹, iii) porque la persona no reunía los requisitos para estar inscrita en el sistema, pero a pesar de ello fue afiliada⁴², iv) porque los médicos tratantes ordenan un medicamento que no había sido suministrado con anterioridad, pero que hace parte de un tratamiento que se le adelanta al paciente⁴³, v) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, por haber sido desvinculado de su trabajo⁴⁴, o vi) porque el afiliado se trasladó a otra EPS y su patrono aún no ha comenzado a realizar los aportes⁴⁵.

Para la Sala es claro que todas estas consideraciones son plenamente aplicables en el caso del servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o su beneficiarios dentro del régimen especial, pues como se vio, los maestros por mandato legal deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 y que tiene a su cargo garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales del personal docente y sus beneficiarios (artículo 5).

Una vez esbozada la línea jurisprudencial de esta Corporación sobre los anteriores temas, la Sala debe determinar ahora si en los asuntos sometidos a revisión, la decisión del Fondo de excluir a los padres de los docentes casados o solteros con hijos vulnera en concreto los derechos fundamentales de los accionantes.

6. Casos concretos.

Los demandantes, quienes de tiempo atrás venían siendo beneficiarios en salud de sus hijos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consideran que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales ante la decisión de privarlos de la prestación de los servicios de salud que recibían, al quedar excluidos de la cobertura de beneficiarios por no reunir las exigencias de los Acuerdos N° 04 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo de dicho Fondo, esto es, que sus hijos cotizantes fueran solteros y sin hijos. Los actores son personas de la tercera edad con graves afecciones de salud y que manifiestan depender económicamente de sus hijos docentes.

6.1. Previo a abordar el fondo del asunto, resulta necesario aclarar brevemente, en cuanto al expediente T-1218446, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, relacionado con la legitimidad e interés para actuar en sede de tutela, es permitido agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

Se tiene que en dicho expediente la señora Flor Niño de Mendoza, hija del señor Jorge Guillermo Niño Jiménez, interpuso la acción en nombre de su padre, dada la gravedad de su estado de salud (insuficiencia respiratoria y coronaria) y su muy avanzada edad (86 años), que evidentemente lo imposibilitó para ejercer su propia defensa, motivo por el cual la situación se ajusta a las prescripciones del artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

6.2. Entrando en materia, conforme a las pruebas aportadas y a lo manifestado en las demandas, sobre lo cual nada se controvirtió, los accionantes son personas de la tercera

edad, con graves afecciones de salud y que venían siendo beneficiarios de sus hijos docentes desde varios años atrás, por depender económicamente de estos.

Ciertamente, se tiene que Ana Belén Ordóñez (T-1218408) de 69 años de edad, madre de la docente Ludibia Yoscua, beneficiaria en salud desde el año 2000, padece de hipertensión arterial y necesita del suministro de varios medicamentos; María Lilia Castaño (T-1218446) de 58 años de edad, madre de la docente Ligia Gamboa, beneficiaria en salud desde 1999, padece de diabetes, hipertensión arterial y neumonía, además sufrió un infarto, realizándosele una revascularización cardiaca, requiriendo de medicinas y tratamiento permanente; Filadelfo Yoscua Alfonso (T-1218447) de 75 años de edad, padre de la docente Ludibia Yoscua, beneficiario en salud desde el año 2000, perdió su ojo derecho y padece de ceguera parcial del izquierdo, siéndole implantado un lente intraocular, requiriendo de medicamentos y control especializado; Jorge Guillermo Niño Jiménez (T-1218448) de 86 años de edad, padre de la docente Flor Niño de Mendoza (quien interpuso la tutela como agente oficiosa), beneficiario en salud desde hace más de 7 años, padece de insuficiencia respiratoria y coronaria, le fue implantado un marcapasos y es oxígeno-dependiente, requiriendo de costosos medicamentos, balas de oxígeno y control especializado; Tránsito Prieto Gutiérrez (T-1232348) de 84 años de edad, madre de la docente Blanca Emma Gutiérrez, beneficiaria en salud desde el año 2000, padece de hipertensión arterial y requiere de tratamiento; María Luisa Ceballos (T-1239608) de 76 años de edad, madre del docente Orlando Antonio Marín, beneficiaria en salud desde hace más de 2 años, sufre de hipertensión arterial y necesita de tratamiento; Hersilia Téllez de Delgado (T-1241416) de 81 años de edad, madre de la docente pensionada Guiomar Delgado de Bocanegra, padece graves problemas de tensión sobre el que necesita permanente control; Octavio Gómez (T-1243539) de 89 años de edad, padre de la docente Graciela Gómez Ríos, beneficiario en salud desde el año 1997, venía recibiendo tratamiento por padecer de bronquitis crónica y requiere de oxígeno domiciliario e inhaladores; y, Anais Elvira Gómez de Bejarano (T-1278720) de 78 años de edad, madre del docente Santos Aquilino Bejarano Gómez, beneficiaria en salud desde hace más de 5 años, padece de diabetes, arritmia cardiaca, osteoporosis, colón irritable, gastritis y epoc pulmonar (con tratamiento de oxígeno 16 horas al día), enfermedades sobre las que requiere de medicamentos y permanente control.

Para la Sala es claro que los derechos fundamentales de los accionantes, quienes son personas de la tercera edad, deben primar sobre cualquiera de rango legal o reglamentario, máxime cuando se pone de manifiesto su situación de inferioridad y grave estado de salud. Esta Corporación ha sostenido de tiempo atrás que las personas de la tercera edad tienen derecho de nivel constitucional a una especial protección, particularmente en lo relativo a la preservación de su vida en condiciones dignas y justas, a su salud y a su seguridad social y el Estado, de conformidad con el artículo 46 de la Carta, se encuentra comprometido a garantizar a los ancianos la protección de tales derechos⁴⁶.

6.3. En esta ocasión, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de los Acuerdos N° 4 y 13 de 2004, al modificar y regular lo relativo a los servicios médico asistenciales a su cargo y el modelo de contratación de las IPS por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A., excluyó de la cobertura de beneficiarios a los padres de los educadores casados o solteros con hijos, a pesar de la dependencia económica de los progenitores frente a estos⁴⁷. Tales regulaciones cobijaron directamente a los accionantes.

Dado que los actores dependen económicamente de sus hijos que los tenían inscritos como beneficiarios, la decisión del Fondo implica que ellos habrán de velar para que sus padres puedan afiliarse como cotizantes independientes a una EPS del Sistema General de Salud. De esta situación son conscientes algunos de los hijos, quienes, de acuerdo con las pruebas que reposan en los expedientes, han estado dispuestos a hacerlo. Así, por traer un ejemplo, en el expediente T-1232348 la hija de la actora manifiesta que hizo con tal fin varias diligencias en las EPS que operan en la ciudad de Tunja, sin embargo, le negaron la afiliación de su madre en razón a su edad y sus condiciones de salud.

Independientemente de la predisposición que puedan tener los hijos de los demandantes para hacerse cargo de los gastos que origina la afiliación de sus padres a una EPS del

Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala considera que, en principio, esta puede ser una carga exigible a los hijos con respecto a sus padres, en desarrollo del principio de solidaridad contemplado en la Constitución Política (arts. 1, 2 y 95.2) y del deber concurrente del Estado, la sociedad y la familia de proteger y asistir a las personas de la tercera edad (C.P., art. 46)⁴⁸. Al respecto, en el estado actual del sistema de salud en Colombia, y en razón de la prioridad que tienen los más pobres en un Estado Social de Derecho, en los casos referidos a las cargas económicas exigibles a los familiares el juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio, cuando la familia no pueda encargarse de los costos del aseguramiento de la prestación del servicio de salud a sus progenitores. En esa medida, no comparte esta Sala la decisión de la mayoría de los jueces de tutela de considerar la posibilidad de que los actores sean afiliados al Sistema Subsidiado de Salud, pues dada la escasez financiera de este sistema, que se advierte en el gran número de personas que no han podido ser afiliadas al mismo, el juez de tutela no puede ordenar que se considere la afiliación de un demandante a este sistema de salud sin que se haya evaluado la posibilidad de que sus hijos no están en la capacidad de sufragar los gastos que se demanden⁴⁹.

6.4. Pese a todo, antes de la expedición de los Acuerdos mencionados, los accionantes eran desde hace varios años beneficiarios en salud de sus hijos docentes, pues en la mayoría de Departamentos del país así era permitido dada la disparidad que existía sobre la materia, tal como fue comentado en páginas precedentes. El problema ahora es, que este grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud, deja de serlo, sin que exista disposición que garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social y puedan continuar con los tratamientos, controles médicos y medicamentos que venían recibiendo. Al respecto encuentra la Sala que las determinaciones del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio implican un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues los actores tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedando ahora excluidos del sistema y sin los servicios médico asistenciales que de tiempo atrás se les brindaban⁵⁰.

Si bien la determinación del Consejo Directivo de retirar la calidad de beneficiarios a los padres de los educadores casados y con hijos, a pesar de que aquellos dependan económicamente de sus descendientes, se fundamenta en la atribución que le confirió la ley para establecer todo lo relacionado con los servicios de salud de los docentes afiliados al Fondo, esto no significa obviamente que cualquier delimitación del grupo de beneficiarios se ajuste a la Carta, pues si el Fondo del Magisterio excluye a ciertas personas afectando en concreto sus derechos fundamentales, como la salud y la seguridad social de los ahora accionantes, o el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la regulación no debería aplicarse por ser contraria a la Constitución. Y por ello, por ejemplo en materia de sustitución pensional, esta Corporación ha retirado del ordenamiento aquellas normas que consagraban como condición resolutoria de dicha pensión que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias, pues dicha regulación afectaba el libre desarrollo de la personalidad⁵¹. En esta ocasión podría pensarse, en gracia de discusión, que ha futuro los docentes se verían persuadidos a permanecer solteros y no tener hijos para que sus padres pudieran permanecer como beneficiarios. En el mismo sentido, las decisiones del Fondo pasarían por alto la relación estrecha, de índole familiar, de los docentes con sus progenitores, llevando prácticamente a suponer que, por la función que cumplen, los maestros no tienen allegados ni responsabilidades con ellos, ni interés en que su salud esté cabalmente protegida.

6.5. En los escritos de defensa la Fiduciaria La Previsora S.A. y el Ministerio de Educación, señalan que la determinación adoptada por el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio significa que los padres de los docentes casados y con descendencia, que no estén pensionados y dependan económicamente de sus hijos, ya no ostentan “un derecho subjetivo a la prestación del servicio médico exclusivo para los docentes”. Por esta razón sugieren a los actores “afiliarse a una EPS del Sistema General de Salud Social en Salud previsto en la Ley 100 de 1993 para que pueda recibir los servicios correspondientes, previo el pago de los valores exigidos como cotizante independiente o como beneficiario de algún miembro familiar, situación ésta que no opera para el régimen de excepción de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989”. Las entidades recuerdan además, que “en el régimen de excepción en relación con la seguridad social a la salud, no se aceptan afiliaciones adicionales, ni cuotas para el efecto, ni personas que no ostenten la calidad de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Lo anterior hace preguntar a la Sala si es justificable, que el régimen especial del sistema de seguridad social en salud del magisterio no contemple que un afiliado vincule a sus padres al servicio de salud que ofrece el mismo Fondo, en el evento en que estos no posean una pensión y dependa económicamente de su hijo.

Sobre este tema es pertinente hacer referencia a la Sentencia C-111 de 2006, proferida recientemente por la Sala Plena de esta Corporación, mediante la cual se decidió declarar inexequible la expresión: “de forma total y absoluta”, que contenía el literal d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, donde se disponía como condición para que los padres pudieran ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la necesidad de acreditar la existencia de una dependencia económica total y absoluta de éstos frente a sus hijos. En dicha providencia la Corte consideró que la discriminación realizada por el legislador frente a los padres del causante a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, desconocía el principio constitucional de proporcionalidad, pues la norma sacrificaba los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, como los principios de solidaridad y de protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Derecho⁵².

Igualmente, en dicha oportunidad la Corte sostuvo que si bien el Estado no tiene el carácter de benefactor, ello no lo habilita para adoptar medidas legislativas que impliquen un desconocimiento de su obligación positiva de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de inferioridad (C.P. art. 13), como sucede con los padres que debido a su avanzada edad se encuentran subordinados económica y materialmente a sus hijos. Además, que someter a los progenitores a una situación de abandono, miseria e indigencia para poder reclamar en condición de beneficiarios la pensión de sobreviviente de sus hijos, pretende ignorar que por razón de su avanzada edad y muchas veces por la imposibilidad de conseguir

un trabajo, la única fuente que asegura su mínimo existencial es la citada pensión, a pesar de recibir otros ingresos que resulten materialmente insuficientes para acreditar el cumplimiento de dicho fin.

Los anteriores argumentos de la Sentencia C-111 de 2006 respecto a lo injustificado que resulta a la luz de la Constitución exigir la dependencia total y absoluta de los padres respecto a sus hijos en materia pensional, son aplicables mutatis mutandi al tema ahora objeto de revisión en cuanto a las condiciones para ser beneficiario en salud del Fondo del Magisterio.

Ahora, desde otra perspectiva, debe recordarse que el legislador pretendió al establecer las excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993, que los derechos en salud deben contener beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha ley y, a su vez, estar en un régimen de excepción, en ningún caso, puede conducir a prohijar un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general, pues, la existencia de los regímenes especiales obedeció al propósito del legislador de proteger los derechos adquiridos de quienes fueron excluidos del régimen general.

En este contexto, al analizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud contemplado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se tiene que el artículo 163 de la Ley 100 establece cuál es la cobertura familiar del sistema y en este marco dispone que los padres de los afiliados podrán gozar del servicio de salud, siempre y cuando no sean pensionados y dependan económicamente del hijo, y en la medida en que éste no haya inscrito como beneficiarios al cónyuge o a sus propios hijos. En tal sentido, este artículo se asemeja en este punto a la nueva regulación introducida en la prestación de los servicios de salud por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dispone la norma:

“ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste...” (subrayas no originales).

Sin embargo, en los decretos reglamentarios se estableció una regulación especial para los padres de los cotizantes que no podían ser incluidos dentro de los beneficiarios en los términos de la cobertura familiar dispuesta en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. De esta forma, el artículo 40 del decreto 806 de 199853, modificado por los decretos 1703 de 2002 y 2400 de 200254, creó la figura de los cotizantes dependientes, a quienes les otorgó el derecho a disfrutar de los mismos servicios establecidos para los beneficiarios. La mencionada disposición establece:

“Artículo 40. Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la

edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

“Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

“Parágrafo. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades.”

Este artículo fue modificado luego por el artículo 7º del decreto 1703 de 2002, el cual fue reformado a su vez por el decreto 2400 de 2002, que dispone:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Artículo 1º. El artículo 7º del Decreto 1703 de 2 de agosto de 2002 quedará así:

“Artículo 7º. Afiliación de miembros adicionales del grupo familiar. Los cotizantes dependientes o afiliados adicionales, de que trata el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, sólo podrán ser inscritos o continuar como afiliados adicionales, siempre que el cotizante pague en forma mensual anticipada a la Entidad Promotora de Salud, un aporte equivalente en términos de las Unidades de Pago por Capitación fijadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que correspondan al grupo etáreo y zona geográfica de influencia al que pertenece el beneficiario adicional, de acuerdo con la siguiente tabla (...).”.

6.6. Así pues, al equiparar el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el régimen

especial del Magisterio⁵⁵ se evidencia que el primero tiene más cobertura que el segundo en lo relacionado a la posibilidad de los docentes para afiliar a sus padres como beneficiarios, cuando éstos dependen económicamente de aquéllos y los educadores tengan también como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos. Se advierte entonces que el régimen de seguridad social del Magisterio presenta un vacío en este punto⁵⁶, que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Este vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir “para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” (C.P., art. 46).

En efecto, quienes pertenecen al régimen contributivo de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, tienen derecho a incluir miembros adicionales a su grupo familiar, mediante el pago de la UPC, sin embargo, los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la posibilidad de afiliados adicionales, constituyendo una medida menos favorable a la del régimen general que contraviene el mandato de progresividad estudiado en la parte dogmática de esta providencia, y que en los casos concretos dio lugar a que los actores no pudieran continuar siendo beneficiarios, con la consecuente interrupción en la prestación de los servicios médico asistenciales.

6.7. Téngase presente que los actores dependen económicamente de sus hijos docentes y padecen de delicadas afecciones, y al ser excluidos de la cobertura de beneficiarios quedaron desprotegidos en materia de salud. La situación no sería traumática si los demandantes pudieran gozar de otros servicios médicos similares, al poder ser vinculados a otro sistema de salud. Eso sucedería, por ejemplo, si estas personas tiene otro hijo, que está afiliado al sistema general de seguridad social, y este último no tiene hijos con derecho ni cónyuge, pues en esos casos, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 prevé que la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado. Sin embargo, no en todos los casos, los padres de los docentes podrían ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud, por lo que no es razonable el argumento de las entidades accionadas sobre la

posibilidad de que esos padres accedan a los servicios médicos previstos por el sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, no tiene sentido pedirle a estos padres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliados como cotizantes independientes, cuando son sostenidos económicamente por sus hijos. Con ello se estaría imponiendo a todos los involucrados en ese proceso de afiliación que representen un papel contraevidente, al no ajustarse a la realidad. Aunado a esto, una de las actoras afirma que su hija intentó afiliarla a una EPS, pero que no pudo hacerlo en razón de su edad y de sus enfermedades. En tales eventos, la afiliación podría hacerse exigible a través de los mecanismos administrativos o judiciales, pero lo cierto es que no es razonable exigirle a los accionantes que pertenezcieran a la tercera edad y estando todos ellos muy enfermos, atravesen por todos estos dispendiosos trámites para lograr que sus derechos a la salud y a una vida digna sean reconocidos.

6.8. Conforme a todo lo expresado, esta Sala encuentra que los Acuerdos 4 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de ser actos generales, han ocasionado en concreto una agresión a los derechos fundamentales invocados por los accionantes, traducida en una determinación contraria a los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, como la de privarlos de una prerrogativa ya alcanzada dentro del régimen especial del magisterio, esto es, la de ser beneficiarios de sus hijos docentes casados o con hijos, y sin tener la posibilidad de ser siquiera afiliados adicionales de los mismos como si se permite en el régimen general, provocando en estas personas de la tercera edad, la suspensión de los servicios médico asistenciales que venían recibiendo en busca de la mejoría de sus graves afecciones de salud.

La intervención del juez constitucional, en los procesos de tutela de la referencia, era necesaria para velar por la supremacía e integridad del ordenamiento superior, y la efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales de los actores, así como de los

principios constitucionales analizados; por lo tanto, resulta cuestionable la decisión apresurada de la mayoría de los jueces, en la cual se avizora un afán más bien por despachar el asunto sin mayores miramientos, cuando en sus deberes, como directores del proceso, han debido valorar otros aspectos que con base en la Constitución y la doctrina constitucional, le hubiesen permitido ordenar el amparo de tutela correspondiente.

En consecuencia, a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la seguridad social de los actores, esta Sala de Revisión, en virtud de la prevalencia y primacía del valor normativo superior de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho⁵⁷, y en aras de permitir el goce efectivo de las garantías constitucionales, decidirá aplicar directamente los artículos 13, 46, 48 y 49 de la Carta Política, luego de encontrar censurables los apartes de los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atrás analizados.

Además, con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud, se ordenará que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Fondo vuelva a prestar a los accionantes la atención médica que requieren. Esta atención se prestará de la misma forma que se brindaba en el pasado. Las condiciones solamente podrán variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regule la figura de los cotizantes dependientes, tal como le fue ordenado en la Sentencia T-015 de 2006⁵⁸, a la que se remite esta Sala de Revisión.

Por todo lo anterior, se revocarán las decisiones de instancia y en su lugar se concederá la protección impetrada. Asimismo, en virtud a que en la sentencia T-015 de 2006 se ordenó al Fondo regular “a nivel nacional, la prestación del servicio de salud del Magisterio a los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos” orientado a fijar una solución judicial definitiva, no se exigirá a los accionantes hacer uso de las acciones judiciales ordinarias que habrían correspondido en otras condiciones, sin que ello impida que acudan a ellas. En esa medida, el presente fallo tiene un carácter

definitivo.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos, los días 22, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de los procesos T-1218408, T-1218446, T-1218447 y T-1218448 respectivamente; el dictado el 11 de octubre de 2005, por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso T-1232348; el proferido el 25 de octubre de 2005, por el Juzgado Penal Municipal de Sevilla, dentro del proceso T-1239608, el proferido el 31 de octubre de 2005, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso T-1241416; el dictado el 8 de noviembre de 2005, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso T-1243539, y el proferido el 3 de noviembre de 2005, por el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, en el proceso T-1278720, en los cuales se negó la protección solicitada por Ana Belén Ordóñez de Yoscua, María Lilia Castaño Fernández, Filadelfo Yoscua Alfonso, Jorge Guillermo Niño Jiménez, Tránsito Prieto de Gutiérrez, María Luisa Ceballos de Marín, Hersilia Téllez de Delgado, Octavio Gómez y Anais Elvira Gómez de Bejarano, respectivamente. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos de los actores a la dignidad, a la salud y a la seguridad social, estos últimos en conexidad con su derecho a la

vida.

Segundo.- ORDENAR al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reanude la prestación del servicio médico asistencial a los actores, de la misma manera que se brindaba en el pasado. Las condiciones solamente podrán variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regule la figura de los cotizantes dependientes, tal como le fue ordenado en la Sentencia T-015 de 2006 de esta Corporación.

Tercero.- DISPONER que esta sentencia tenga el carácter de definitiva. En consecuencia, no será necesario que los actores instauren las demandas ordinarias.

Cuarto.- Líbrese por la Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópíese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acuerdo N° 004 de julio 22 de 2004: Numeral 2º Art. 1º: "Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales:

(...) 2. COBERTURA. El Consejo Directivo acordó que los beneficiarios del sistema de salud de los docentes son los existentes hoy en día en el modelo vigente, nivelingando nacionalmente con las siguientes adiciones:

- a. Los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo.
- b. Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado.
- c. Los nietos del docentes hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado”.

2 Términos de Referencia Servicios de Salud - Invitación Pública N° 143 de 2005: “Capítulo Noveno. 9. Condiciones y especificaciones técnicas para la prestación de los servicios. 9.1. Plan de Atención para afiliados y beneficiarios. (...) Beneficiarios: El grupo de beneficiarios de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, podría estar conformado por el grupo familiar descrito a continuación:

El Cónyuge; el compañero (a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según lo establecido en las normas vigentes; los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente; los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante diurno (validada semestral o anualmente según corresponda); se debe incluir para estos casos los períodos de vacaciones; Las hijas de los beneficiarios según coberturas anteriores y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros treinta días de edad; los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este”.

3 Las I.P.S. deben someterse a los parámetros señalados en los Acuerdos N° 004 y 013 de 2004, a los términos de referencia de la invitación pública y finalmente en el contrato celebrado con la Fiduciaria.

4 Las comunicaciones obran a folios 28 y 36 del expediente T-1218408, folios 27 y 35 del expediente T-1218446, folios 29 y 37 del expediente T-1218447, folios 48 y 59 del expediente T-1218448, folios 61 y 66 del expediente T-1232348, folios 32 y 37 del expediente T-1239608, folios 19 y 21 del expediente T-1241416, folios 44 y 61 del expediente T-1243539, folios 31 y 34 del expediente T-1278720.

5 Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-469 del 2 de mayo de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y T-585 del 29 de julio de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

8 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández G.).

9 Cfr. Corte Constitucional. 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 Yépes).

10 Cfr. Sentencias T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

11 En esta sentencia la Corte resolvió una acción de tutela instaurada por un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya hija - mayor de edad y discapacitada - no había sido reconocida por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud como beneficiaria de los servicios médicos. La IPS fundamentaba su decisión en las limitaciones establecidas en el contrato celebrado con el Fondo para la prestación de tales servicios, de conformidad con los lineamientos impartidos por el Consejo Directivo del Fondo mediante un Acuerdo. En este caso la Sala de Revisión concluyó que la tutela era improcedente por cuanto (i) el actor contaba con otros medios de defensa judicial alternativos a la acción de tutela; y (ii) no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, dado que la condición de salud de la niña no revestía gravedad, y que sus padres contaban con capacidad económica para su sostenimiento y tenían un contrato de medicina prepagada.

12 Según el contrato suscrito entre la Previsora LTDA y Cooperadores IPS SA, este Comité es el encargado de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del mencionado contrato.

13 En esta sentencia la Corte se pronunció sobre una acción de tutela interpuesta por una docente contra una IPS que se había negado a recibir a su madre de 74 años de edad y a su hijo de 20 años, quienes dependían económicamente de ella, dentro del Plan de Atención para Beneficiarios. La IPS argumentaba que, según el contrato suscrito con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a través de la Fiduprevisora: (i) los padres de los docentes no podían ser inscritos en el régimen de los beneficiarios, salvo que el educador fuera soltero y sin hijos y (ii) los hijos podían tener el carácter de beneficiarios, siempre que se probara que dependían económicamente de la actora y que eran estudiantes de tiempo completo en una entidad debidamente acreditada. La Sala concluyó que la tutela era improcedente. Al respecto afirmó que la actora contaba con otro mecanismo judicial y que no se advertía la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que i) la situación de salud de la madre no revestía gravedad y su derecho a la salud se encontraba garantizado al estar afiliada a una EPS; y ii) dentro del expediente no se había acreditado que el hijo dependiera económicamente de la actora ni que ostentara la calidad de estudiante.

14 Esta sentencia versó sobre una demanda instaurada por una pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que exigía la inclusión de su padre de 92 años como beneficiario, luego de que la EPS se hubiera negado a afiliarlo.

15 Esta sentencia refirió al caso de tres señoras pertenecientes a la tercera edad, que fueron excluidas como beneficiarias en salud de sus hijos docentes, por estar éstos casados o ser solteros con hijos, de acuerdo a lo establecido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

16 Ana Belén Ordóñez (T-1218408) de 69 años de edad, María Lilia Castaño (T-1218446) de 58 años, Filadelfo Yoscua Alfonso (T-1218447) de 75 años, Jorge Guillermo Niño Jiménez (T-1218448) de 86 años, Tránsito Prieto Gutiérrez (T-1232348) de 84 años, María Luisa Ceballos (T-1239608) de 76 años, Hersilia Téllez de Delgado (T-1241416) de 81 años, Octavio Gómez (T-1243539) de 89 años y Anais Elvira Gómez (T-1278720) de 78 años.

17 En sentencias T-892 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, esta Corporación afirmó: “(...) el amparo por vía de tutela es procedente cuando el titular del mismo es una de las personas que, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de

familia y las personas de la tercera edad, entre otros. // La Corte Constitucional también ha reconocido que quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de un derecho de trato o protección especial, el cual conlleva, entre otras posibilidades, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna." Ver también entre otras, las sentencias, T-801/98, MP Eduardo Cifuentes M., T-252/02, MP Álvaro Tafur Galvis y T-090/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

18 Ana Belén Ordóñez padece de hipertensión arterial; María Lilia Castaño padece de diabetes, hipertensión arterial y neumonía, sufrió un infarto, se le realizó una revascularización cardiaca; Filadelfo Yoscua Alfonso perdió su ojo derecho y padece de ceguera parcial del izquierdo, le fue implantado un lente intraocular; Jorge Guillermo Niño Jiménez padece de insuficiencia respiratoria y coronaria, le fue implantado un marcapasos y es oxígeno-dependiente; Tránsito Prieto Gutiérrez padece de hipertensión arterial; María Luisa Ceballos sufre de hipertensión arterial; Hersilia Téllez de Delgado padecer graves problemas de tensión; Octavio Gómez padece de bronquitis crónica; y, Anais Elvira Gómez sufre de diabetes, arritmia cardiaca, osteoporosis y epoc pulmonar.

19 El control constitucional que se ejerce a través de la acción de tutela no procede contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto (Decreto 2591/91, art. 6º, num. 5º), sino frente a la materialización en un caso particular de la vulneración de los mandatos constitucionales que sus preceptos puedan producir; toda vez que, como lo ha señalado la Corporación: "en principio, la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos únicamente puede desvirtuarse mediante la nulidad declarada por la correspondiente jurisdicción. No obstante, ellos pueden inaplicarse en el caso concreto si son incompatibles con la Constitución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4º de ésta"(Sent. T-450/94).

20 En esta sentencia la Corte se pronunció sobre una convocatoria pública del INPEC, mediante la cual se invitaba a participar a quienes hubieren prestado su servicio militar en la institución, en el proceso de selección para proveer los 200 cupos disponibles para el curso de complementación No. 11 de 2003 para dragonantes. En el numeral 20 de los denominados requisitos para la inscripción se estableció el de: "Tener una estatura mínima

de 1.65 mtrs.”.

21 Cfr. Sentencia C-397 de 1997, entre otras. Así ocurre, también, en las múltiples sentencias expedidas por esta Corporación en las que se ordena inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud -POS- para permitir el acceso a ciertos medicamentos o procedimientos a personas que por sus circunstancias particulares ven vulnerados sus derechos fundamentales de tenerse que someter a dichas reglas.

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

23 Así lo estipula el artículo 1º del Decreto 3752 de 2003, “Por el cual se reglamentan los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

24 Las siguientes normas de la Ley establecen lo relativo a su creación, administración de recursos, objetivos, funciones y máximo órgano de dirección:

- El artículo 3º creó el Fondo “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”. El artículo autoriza al Gobierno para suscribir un contrato de fiducia mercantil. Dentro de este marco, el Presidente de la República delegó la celebración del contrato de fiducia en el Ministro de Educación Nacional y en cumplimiento de tal mandato fue suscrito el correspondiente contrato de fiducia mercantil, el cual se encuentra actualmente vigente, con la empresa Fiduprevisora S.A.

- El artículo 5º establece los objetivos del Fondo, entre los cuales se encuentra el de “garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales [del personal afiliado], que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.”

- El artículo 6 establece que el Consejo Directivo del Fondo estará compuesto por el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro; los Ministros de Hacienda y de Trabajo o Seguridad Social, o sus delegados; dos representantes del magisterio y el gerente de la entidad

fiduciaria con la cual se contrate, este último únicamente con derecho a voz.

- El artículo 7º establece que dentro de las funciones del Consejo Directivo del Fondo se encuentran:

“1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo...

“2. Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo;

“3. Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo;

“4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.

“5. Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación

“6. Las demás que determine el Gobierno Nacional.”

25 Mediante el decreto 2831 de 2005, “Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones”, el Gobierno Nacional expidió el reglamento del Consejo Directivo y de los Comités Regionales del Fondo. Allí se dispone, en el parágrafo 2 del artículo 1, que “en cuanto fuere necesario y no esté regulado en este reglamento el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá complementarlo para garantizar su adecuado funcionamiento.”

26 Sentencia T-348 de 1997: “Por estos motivos, la Sala exhorta al legislador y a los docentes al servicio del Estado, así como a los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, de consuno, reflexionen sobre los elementos planteados en esta providencia y promuevan las acciones conducentes a la definición legal de un régimen de salud que consulte los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Política, aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia

a algún privilegio gremial”.

27 Ley 91 de 1989, artículo 3°.

28 El respectivo Comité Regional escoge la empresa que recomendará para que preste estos servicios en su departamento de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 11 del Decreto 855 de 1994, en donde se señala que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud deberán obtener, previamente, por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y que se encuentren registradas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud. Acto seguido, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio toma la decisión final e imparte a la fiduciaria las instrucciones consecuentes para que proceda a la contratación de la empresa escogida (Ley 81 de 1989, artículo 7-2; cláusulas 5-5 y 14 y 7-2 del contrato de fiducia mercantil Nación-La Previsora Ltda).

29 Precisamente, la Corte se pronunció sobre demandas de tutela elevadas por docentes de esos departamentos, a cuyos padres se les retiró la calidad de beneficiarios, en las sentencias T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T-905 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

30 Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8.

31 Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “Principios de Limburgo”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

32 Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

33 Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de

1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

34 Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

35 Ib. p. 66

36 Ib. p. 67

37 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

38 Cfr. Sentencias T-109 de 1999, T-627 de 2002, entre otras.

39 Respecto a la continuidad en los servicios de salud, pueden consultarse las sentencias T- 624 de 1997 y 1421 de 2000, entre otras.

40 Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: T-406 de 1993, T-057, T-669 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-154 A de 1995, T-158 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-072 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-202 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-360/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

41 Cf. Sentencia T-396 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

42 Cf. Sentencia T-730/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

43 Cf. sentencia T-636/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

44Cf. sentencia T-281 de 1996 (M.P. Julio César Ortíz Gutiérrez)

45 Cf. sentencia T-1029/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

47 Conforme a los expedientes, los accionantes fueron informados varios meses atrás de los cambios que se producirían a partir del 1º de julio de 2005 en punto a los beneficiarios del servicio de salud del Magisterio, y en tal medida no podría afirmarse que el Fondo vulneró el principio de la confianza legítima, pues con tiempo puso en movimiento una campaña de información para sus afiliados, a través de distintos medios de comunicación, acerca de los cambios que se producirían.

48 En distintas ocasiones la Corte ha resaltado que, sin perjuicio del deber constitucional que le corresponde al Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas, en principio, la familia está llamada en forma primigenia a prestarle a sus miembros más cercanos la atención y asistencia requerida, en desarrollo del principio de solidaridad. “La sociedad colombiana (...) sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)” (Sentencia T-533 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

49 En los casos que aquí se estudian es claro que la carga que se exigiría a los hijos no sería exorbitante, dado que ellos son docentes, con ingresos regulares, y en ninguna parte se ha demostrado que no estén en condiciones de asumir esos costos.

50 No debe olvidarse que la Corte se ha pronunciado en distintos fallos respecto de la obligación que tienen las Empresas Promotoras de Salud -EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS-, de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, independientemente de cuál sea la causa que motiva la terminación de dicha relación, en razón al principio de continuidad. Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-829/99, T-1029/00, T-1188/01, T-1093/02, T-270 de 2005, T-294 de 2005 y T-308 de 2005.

51 Ver, entre otras, las sentencias C-1050 de 2000, C-870 de 1999, C-314 de 1997, C-182 de 1997, C-588 de 1992.

52 Cfr. Sentencia C-111 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

53 “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social”.

54 “Por el cual se modifica el Decreto 1703 de 2002 que adoptó medidas para promover y

controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

55 El Acuerdo N° 13 de 2004 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que aprobó los términos de referencia de la invitación pública N° 143 de 2005, para contratar las entidades prestadoras del servicio de salud del magisterio, determinó que eran beneficiarios, entre otros, “los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este”, sin dar la posibilidad de afiliar como beneficiario adicional a los padres de los docentes casados o solteros con hijos.

56 Es importante anotar que otros casos sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que han sido tratados en sentencias de esta Corporación evidencian carencias similares. Así, la sentencia T-864 de 1999 versó sobre las demandas de distintos educadores del Tolima, cuyos hijos menores de 12 años habían perdido su calidad de beneficiarios en virtud de las nuevas disposiciones contractuales. Igualmente, en la sentencia T-845 de 2003 la Corte se ocupó con la demanda presentada por una educadora, a cuya hermana, que padecía el Síndrome de Down, le habían sido retirados los servicios médico-asistenciales. De la misma manera, las sentencias T-348 de 1997 y T-1038 de 2001 versaron sobre las demandas presentadas por docentes, por cuanto sus hijos, mayores de edad y discapacitados, habían perdido la calidad de beneficiarios de los servicios del Fondo.

57 Constitución Política, Art. 4°. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

58 Sentencia T-015 de 2006: “Por lo tanto, se ordenará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro del término de un mes a partir de la notificación de esta sentencia, regule, a nivel nacional, la prestación del servicio de salud del Magisterio a los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos. Igualmente, se exhortará al Consejo Directivo para que examine la posibilidad de extender la figura de los cotizantes independientes a los demás familiares próximos de los docentes afiliados al Fondo”.