

Sentencia T-496/14

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA-Abuelos en representación de nietos menores de edad

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de que los abuelos agencien los derechos en favor de sus nietos menores de edad con el fin de brindar una protección más vigorosa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y permitir el desarrollo del inciso segundo del artículo 42 de la Constitución Política, el cual establece que cualquier persona puede exigir el cumplimiento del deber radicado en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En tal sentido, frente a los abuelos que actúen como agentes oficiosos de sus nietos menores de edad se ha admitido, además del deber de señalarlo expresamente en la solicitud de amparo tutelar, que no exprese que el agenciado no está en condiciones de promoverla por sí mismo puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

i) que el derecho a la salud tiene la naturaleza de ser un derecho fundamental autónomo; (ii) que ese derecho se torna más riguroso cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos que les asiste a aquellos; (iii) que diferentes instrumentos internacionales reconocen la fundamentabilidad del derecho a la salud frente a menores de edad; y, (iv) que la no inclusión en calidad de afiliado, de vinculado o de beneficiario de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen general o regímenes especiales), contando con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en el servicio, constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud y que en ese sentido se torna procedente el amparo constitucional.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A DOCENTES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO-Extensible a los núcleos familiares que registran como beneficiarios

De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios. Las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional, son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquellos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Vulneración por desafiliación de menores del servicio de salud como beneficiarias de su progenitora, quien falleció

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Orden de reactivar afiliación, en calidad de usuarias del programa especial de salud del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Referencia: expediente T-4260229

Acción de tutela instaurada por Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria obrando como agente oficiosa de las menores Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, contra la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them “Cosmitet Ltda”.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia – Quindío, el 22 de enero de 2014, que resolvió la acción de tutela interpuesta por Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria obrando como agente oficiosa de las adolescentes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, contra la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them “Cosmitet Ltda”.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 18 de diciembre de 2013, la señora Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria obrando como agente oficiosa de las adolescentes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, promovió acción de tutela contra la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them Ltda (en adelante Cosmitet Ltda.), por considerar vulnerados los derechos de los niños, a la salud y al debido proceso, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. Aduce la agente oficiosa que su hija Luz Miryan Benavidez se desempeñó como docente al servicio del Magisterio en el Departamento del Quindío, razón por la cual se encontraba afiliada a Cosmitet Ltda, entidad responsable de prestar los servicios médicos asistenciales a los docentes oficiales dentro del régimen especial de salud administrado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2. Cuenta que mediante resolución No. 567 del 17 de junio de 2013, a Luz Miryan le fue reconocida pensión de invalidez por tener el 60.6% de pérdida de capacidad laboral y, debido a ello, siguió efectuando los aportes respectivos al régimen de salud administrado por Cosmitet Ltda[1].

1.3. Señala que Luz Miryan falleció el 27 de octubre de 2013 en Armenia[2] y que tenía a

cargo a sus dos menores hijas Laura Sofía (15 años de edad) y María Fernanda Gómez Benavides (17 años de edad)[3], quienes también se encontraban afiliadas a Cosmitet Ltda en calidad de beneficiarias.

1.4. Esgrime la agente oficiosa que recientemente sus dos nietas requirieron los servicios médicos de Cosmitet Ltda, pero les fueron negados con el argumento de que la afiliación había sido desactivada de manera definitiva por muerte de la cotizante principal Luz Miriam Benavides. Esa situación fue certificada por Cosmitet Ltda el 10 de diciembre de 2013, indicando que las menores eran beneficiarias de la docente fallecida, pero que el estado actual de ambas es retiro definitivo[4].

1.5. Manifiesta que solicitaron a Cosmitet Ltda que diera continuidad a la afiliación en salud de las beneficiarias, teniendo en cuenta que estaban adelantando el trámite para reclamar a su favor el reconocimiento y pago de la sustitución pensional respectiva, pero la IPS accionada adujo que ello no era posible porque la cotizante había fallecido y esa situación genera un retiro definitivo.

1.6. Por lo anterior, la agente oficiosa estima que sus nietas están siendo privadas de manera intempestiva e injusta de recibir los servicios médicos y asistenciales que Cosmitet Ltda está obligada a seguir garantizándoles hasta tanto quede en firme el acto administrativo que defina lo atinente al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por invalidez de Luz Miryan Benavides.

1.7. En ese orden de ideas, la agente oficiosa solicita la protección de los derechos de los niños, a la salud y al debido proceso que les asisten a sus nietas, y que en consecuencia, se ordene a Cosmitet Ltda que reactive de manera inmediata la afiliación y los servicios médico asistenciales a favor de Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides.

2. Respuesta de la IPS accionada y vinculación oficiosa:

2.2. Durante el trámite de primera instancia, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia mediante auto del 13 de enero de 2014, dispuso vincular a la Fiduprevisora S.A. para que se pronunciará sobre los hechos y las pretensiones de la solicitud de tutela. A través del oficio No. 001 del 13 de enero de 2014, se notificó a dicha Fiduciaria, pero ésta guardó silencio.

### 3. Decisión objeto de revisión:

El Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia – Quindío, mediante sentencia del 22 de enero de 2014, negó el amparo constitucional deprecado al estimar que la agente oficiosa no ha iniciado los trámites respectivos para obtener la sustitución pensional a que tienen derecho las menores Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavidez, siendo ese un requisito indispensable para acceder a los servicios de salud que presta Cosmitet Ltda. Por consiguiente, indicó que ni la entidad accionada ni la vinculada han vulnerado los derechos fundamentales de las menores, sumado que al no haberse demostrado la ocurrencia de un perjuicio irremediable que merezca habilitar transitoriamente la prestación del servicio médico, la protección tutelar resulta improcedente.

### II. TRÁMITE ADELANTADO EN SEDE DE REVISIÓN:

Por medio de auto del 26 de junio de 2014, el Magistrado Sustanciador dispuso realizar llamada telefónica a la agente oficiosa Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria, con el fin de establecer si Cosmitet Ltda les está prestando a las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, los servicios médicos en salud de los cuales eran beneficiarias por ser su progenitora pensionada del Magisterio. Así mismo, solicitó que se le preguntara si radicó los papeles correspondientes a la solicitud de sustitución pensional en favor de aquellas, caso en el cual, si la respuesta era afirmativa, pidió que la agente señalara la fecha de radicación y que informara si ha recibido respuesta por parte de la entidad. Finalmente, pidió que se le solicitara a la actora el envío de las pruebas documentales relevantes que demostraran sus afirmaciones.

De acuerdo con la constancia que obra a folio 12 del cuaderno de la Corte, en comunicación sostenida con la agente oficiosa, a quien se le hicieron algunas preguntas, ésta manifestó:

(i) Que Cosmitet Ltda NO les está prestando a las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, los servicios médicos en salud de los cuales eran beneficiarias por ser su progenitora pensionada del Magisterio, porque según le informaron, la guía del usuario establece que la calidad de beneficiario se pierde por muerte del afiliado.

(ii) Que sí radicó el 24 de abril de 2014 los papeles correspondientes a la solicitud de

sustitución pensional en favor de las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, y precisó que la Secretaria de Educación Departamental del Quindío – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dio respuesta mediante resolución No. 000748 del 13 de junio de 2014, en la cual reconoció y ordenó pagar la sustitución pensional a favor de los tres hijos de la causante en cuantía de \$589.586 a partir del 28 de octubre de 2013, siendo asignado el 33% a Cristián Camilo Gómez Benavidez (mayor de edad), otro 33% a María Fernanda y el último 33% a Laura Sofía. Señaló que a pesar de haberse reconocido dicha sustitución, a la fecha aún los servicios médicos a las agenciadas no han sido reactivados.

(iii) Finalmente, anexó vía fax las siguientes pruebas documentales que obran en el cuaderno 2 del expediente: (a) hoja de radicación de los documentos correspondientes a la sustitución de la pensión que en vida recibía Luz Miryam Benavides; y (b) resolución No. 000748 del 13 de junio de 2014, expedida por la Secretaria de Educación Departamental del Quindío.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuado el 18 de marzo de 2014.

#### 2. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si Cosmitet Ltda y la Fiduprevisora S.A. han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social que les asisten a las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, al proceder a desafiliarlas y negarles los servicios de salud con ocasión del fallecimiento de su progenitora, quien en vida era docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de haber solicitado el reconocimiento de la sustitución pensional en favor de aquellas.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) legitimación en la causa por activa de los abuelos para agenciar derechos en favor de sus nietos menores de edad; (ii) el derecho fundamental a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes; (iii) régimen de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, extensible a los núcleos familiares que registran como beneficiarios; y, finalmente abordará el estudio (iv) del caso concreto.

3. Procedencia formal de la tutela: Legitimación en la causa por activa de los abuelos para agenciar oficiosamente derechos en favor de sus nietos cuando son menores de edad. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

3.2. En desarrollo de ese precepto constitucional, el legislador delegado expidió el Decreto 2591 de 1991, en cuyo artículo 10 previó que la representación procesal en materia de tutela puede ser ejercida de las siguientes formas: (i) directamente por quien considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales; (ii) por su representante; (iii) mediante la agencia de derechos ajenos, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; y, (iv) por el Defensor del Pueblo y los Personeros municipales. La tercera posibilidad consagra la figura de la agencia oficiosa, a través de la cual se desarrollan los principios constitucionales de efectividad de derechos (artículo 2° Superior), de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 ibídem)[5], de solidaridad social (artículos 1° y 95-2 de la Constitución) y del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (artículo 229 ejúsdem) [6].

3.3. De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos elementos constitutivos[7] que habilitan la procedencia de la figura de la agencia oficiosa en materia de tutela, a saber: (i) La manifestación de estar actuando como agente oficioso a nombre del que no está en condiciones de promover su defensa; y, (ii) la circunstancia real que el

titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para instaurar la tutela en nombre propio[8].

En tratándose del primer requisito, la manifestación del agente oficioso puede ser expresa o tácita; aquella se configura cuando el agente oficioso declara conscientemente que defiende derechos ajenos y, ésta (la tácita) se presenta cuando de la lectura interpretativa e integral del escrito de tutela se desprende inequívocamente -no tan solo se presume- que se actúa bajo la calidad oficiosa, toda vez que en atención al principio de informalidad que reviste la acción de tutela, no puede exigirse la incorporación de formas sacramentales en la petición de amparo.

Respecto al segundo requisito, esto es, la circunstancia real que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para instaurar la tutela en nombre propio, la Corte Constitucional ha sostenido que es deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la imposibilidad a partir de los antecedentes del caso concreto y analizar la prueba siquiera sumaria de la incapacidad del titular del derecho.

Puntualmente, frente a este segundo requisito, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de que los abuelos agencien los derechos en favor de sus nietos menores de edad con el fin de brindar una protección más vigorosa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y permitir el desarrollo del inciso segundo del artículo 42 de la Constitución Política, el cual establece que cualquier persona puede exigir el cumplimiento del deber radicado en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En tal sentido, frente a los abuelos que actúen como agentes oficiosos de sus nietos menores de edad se ha admitido, además del deber de señalarlo expresamente en la solicitud de amparo tutelar, que no exprese que el agenciado no está en condiciones de promoverla por sí mismo puesto que, los y las menores se encuentran por definición en una situación de indefensión que les impide demandar la protección de sus derechos[9]. Lo anterior, por cuanto “tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”[10] De forma tal que,

cualquier persona, no necesariamente su representante legal, está legitimada para solicitar la protección de los derechos de un niño por vía de tutela[11], pues se debe tener en cuenta el carácter fundamental de los derechos de éstos y la especial protección que merecen en su condición de debilidad manifiesta.

3.4. Con base en lo expuesto, se concluye que Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria está legitimada por activa para formular acción de tutela a fin de conseguir el amparo de los derechos fundamentales de sus nietas Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, como quiera que así lo manifestó en la solicitud de tutela, identificó plenamente a las agenciadas y justificó su intervención debido a que la progenitora de las jóvenes falleció el 27 de octubre de 2013, sin que en la actualidad éstas gocen del servicio médico que tenían en calidad de beneficiarias de su madre docente. Cabe precisar que para la fecha de presentación del amparo tutelar, las dos agenciadas eran menores de edad y que, por esa sola circunstancia, cualquier persona se encuentra habilitada para solicitar la protección de sus derechos constitucionales.

4. Derecho fundamental a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política se refiere al derecho a la salud en distintos artículos. Se encuentra catalogado así como un derecho fundamental de los niños (artículo 44), una garantía por parte del Estado para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de todas las personas (artículo 49), un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme con el principio de solidaridad social (artículo 95) y un objetivo fundamental a ser satisfecho por el Estado en aras de la consecución del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366).

4.2. El derecho a la salud ha sido definido por esta Corporación como la facultad de “mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”[12] (Resalta la Sala) y, así mismo, desde la sentencia T-760 de 2008 (M.P. José Manuel Cepeda Espinosa), dejó claramente establecido que el derecho a la salud es un derecho autónomo fundamental[13] que se debe garantizar a todos los seres humanos igualmente dignos.

4.3. Justamente, esa fundamentalidad del derecho a la salud se hace más rigurosa cuando

se trata brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya situación de vulnerabilidad exige un cuidado singular, impone la primacía de sus derechos sobre los de los demás y obliga a la familia, la sociedad y al Estado a “asistir[los] y proteger[los] para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (artículo 44 C.P.).

Esta regla también encuentra respaldo en diversos instrumentos internacionales que les otorgan a los niños, las niñas y los adolescentes el estatus de sujetos de protección especial y, específicamente en el campo de la salud, reconocen el derecho a la salud de los menores como fundamental. En las sentencias T-037 de 2006[14] y T-503 de 2009[15] se recordaron algunos de estos instrumentos:

“(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que “[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como, por ejemplo, en el numeral 2º del artículo 12 del citado pacto se establece: “a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a

todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

4.4. Ahora bien, también se ha reconocido que el derecho a la salud tiene unas facetas o elementos esenciales que todo Estado debe garantizar, a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. De allí el que la garantía efectiva del derecho bajo examen, como prerrogativa fundamental autónoma, depende en gran medida del acceso al servicio público de atención en salud, lo cual, de conformidad con la configuración legal y reglamentaria actualmente vigente, requiere una afiliación de la persona y en especial de los menores de edad, para que sean parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, bien sea desde su concepción general o mediante los regímenes especiales de salud.

En tal sentido, el derecho puede considerarse vulnerado, sin importar que no exista una patología que tratar y frente a la cual se haya negado la atención apropiada, pues el simple hecho de no encontrarse el sujeto de especial protección incluido en un sistema que le permita contar en forma oportuna y apropiada con los servicios de prevención y atención frente a cualquier enfermedad que pueda presentarse, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud, de acuerdo con la lectura que se deriva de los instrumentos internacionales que rigen la materia.

4.5. De lo anterior la Sala concluye lo siguiente: (i) que el derecho a la salud tiene la naturaleza de ser un derecho fundamental autónomo; (ii) que ese derecho se torna más riguroso cuando se trata de brindar protección y cobertura a un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la cual la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos que les asiste a aquellos; (iii) que diferentes instrumentos internacionales reconocen la fundamentabilidad del derecho a la salud frente a menores de edad; y, (iv) que la no inclusión en calidad de afiliado, de vinculado o de beneficiario de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen general o regímenes especiales), contando con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en el servicio, constituye en sí misma una vulneración no sólo del derecho a la seguridad social, sino también del derecho a la salud y que en ese sentido se torna procedente el amparo constitucional.

5. Régimen de seguridad social en salud aplicable a los docentes y a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, extensible a los núcleos familiares que registran como beneficiarios:

5.1. De acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social que tiene una proyección general, no le es aplicable a todos los estamentos que hacen parte de la comunidad nacional. La propia ley reconoce 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, del personal regido por el Decreto 1214 de 1990 y de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

Por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes activos y pensionados, así como de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación -adscrita al Ministerio de Educación Nacional-, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la fiduciaria La Previsora S.A.

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

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

“(…) El numeral 5º de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[16], recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3º-c).”[17]

Así las cosas, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios.

De esta forma, la fiduciaria La Previsora S.A. adelantó el proceso de convocatoria pública – selección abreviada No. 003 de 2011, para el cual estableció, dentro de los términos de

referencia que rigen la prestación de los servicios médico-asistenciales para los afiliados al Fondo, las condiciones jurídicas, financieras y técnicas a las cuales se debían ceñir los proponentes.

Una vez analizada la información de las propuestas, el Consejo Directivo del Fondo recomendó celebrar el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales con la Unión Temporal Magisterio Región No. 4, la cual tiene a su cargo brindar cobertura en salud a los Departamentos de Antioquía, Quindío, Risaralda, Chocó y Caldas, y se encuentra integrada por tres prestadores que son Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social S.A., Caja de Compensación Familia del Chocó y Cosmitet Ltda, siendo ésta última la encargada directa de ejecutar el contrato en el Quindío y la accionada en el presente trámite tutelar.

Estas IPS actualmente prestan los servicios de acuerdo con lo establecido en el plan de atención en salud para el magisterio, el cual define los servicios que se prestan a los afiliados y beneficiarios del Fondo, conformados por los servicios de salud contemplados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, más lo establecido en el PACM (Plan de Atención Complementaria del Magisterio), de acuerdo con la ley y los pliegos de condiciones de la convocatoria pública. Además de ello se rigen por una Guía del Usuario que establece las condiciones de afiliación y la pérdida de dicha calidad.

5.3. Quiero ello decir, a título de conclusión, que las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional, son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud a los docentes activos, a los pensionados y a los núcleos familiares de éstos y aquellos, que se encuentren bajo la cobertura según reportes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## 6. Análisis del caso concreto:

6.1. La señora Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria, obrando como agente oficiosa de sus nietas adolescentes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, presentó acción de tutela contra Cosmitet Ltda alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, de los niños y al debido proceso, por cuanto esa IPS desactivó la afiliación de las dos agenciadas una vez su progenitora falleció y aun cuando se encontraba en trámite el reconocimiento de la sustitución pensional en favor de aquellas. De esta forma solicita que

la entidad accionada reactive la afiliación y preste la atención médico asistencial a las agenciadas.

6.2. De las pruebas que obran en el expediente y de las que fueron recaudadas en sede de revisión, la Sala observa lo siguiente: (i) que las jóvenes adolescentes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides son hijas de la señora Luz Miryan Benavides, quien falleció el 27 de octubre de 2013 y quien en vida disfrutaba de una pensión de invalidez que le fue reconocida desde el 7 de junio de 2013, por parte de la Secretaría de Educación Departamental del Quindío mediante resolución No. 0567 del 17 de junio de 2013; (ii) derivado de esa calidad de pensionada, Luz Miryan era acreedora de los beneficios especiales del Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio, razón por la cual tanto ella como su núcleo familiar beneficiario disfrutaban de los servicios médicos asistenciales que les ofrecía la IPS Cosmitet Ltda, ejecutora del contrato de salud que corresponde a la Unión Temporal Magisterio Región No. 4 en el Departamento del Quindío; (iii) que después del fallecimiento de la madre, Cosmitet Ltda procedió a retirar definitivamente de sus servicios a Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, dando cumplimiento a la Guía del Usuario que prevé las situaciones de desafiliación o de pérdida de la calidad de beneficiario, siendo una de ellas, el retiro definitivo de nómina del Magisterio de un docente o pensionado afiliado; (iv) que esa decisión de desafiliación se mantuvo aun cuando las agenciadas por intermedio de la abuela radicaron los papeles para solicitar el reconocimiento de la sustitución pensional a su favor; y, (v) que en la actualidad, a pesar de haber reconocido la Secretaría de Educación Departamental del Quindío – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución No. 000748 del 13 de junio de 2014, la sustitución pensional causada por el fallecimiento de la docente Luz Miryan Benavides, la entidad accionada no ha reactivado la afiliación en el sistema de salud especial en favor de aquellas.

Frente al último punto de evidencia probatoria, la Sala profundiza señalando que la sustitución pensional fue reconocida a favor de Cristián Camilo Gómez Benavides, de María Fernanda Gómez Benavides y de Laura Sofía Gómez Benavidez, en porcentaje del 33% para cada uno y con efectos retroactivos a partir del 28 de octubre de 2013, día en que falleció la docente pensionada.

Adicionalmente, el artículo séptimo de la resolución No. 000748 del 13 de junio de 2014, indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe garantizar la

prestación del servicio de salud a las personas beneficiarias de dicha sustitución pensional, lo que significa que los servicios médicos asistenciales deben ser cubiertos a través de la IPS regional con quien el Fondo tenga contrato, es decir, para el caso del Departamento de Quindío, por Cosmitet Ltda. A pesar de ello, a la fecha, según reporte telefónico de la agente oficiosa, ni a María Fernanda ni a Laura Sofía se les ha procedido a reactivar los servicios médicos por parte de la IPS accionada, situación que quebranta sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al interés superior que tienen los niños, las niñas y los adolescentes en el marco del sistema jurídico internacional y colombiano.

Y es que el caso adquiere relevancia constitucional y amerita un estudio puntual por parte de esta Corte, porque desde el momento del fallecimiento de la docente Luz Miryan Benavides, Cosmitet Ltda negó la prestación de los servicios de salud a las menores sin tener en cuenta su condición de sujetos de especial protección constitucional y sin tener en cuenta que frente a ellas opera una protección rigurosa del derecho fundamental a la salud, lo cual incluye su cobertura en las facetas de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Además, Cosmitet Ltda mantuvo la desafiliación a pesar de haberse radicado los documentos solicitando la sustitución pensional, y como se ha dicho, incluso la sigue manteniendo a pesar de que operó el reconocimiento de tal sustitución a favor de las adolescentes María Fernanda y Laura Sofía.

Ahora bien, no escapa a la Sala que según informó Cosmitet Ltda, es la Fiduciaria La Previsora S.A. la entidad competente para definir el estado de afiliación de los usuarios del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ende, siendo ésta entidad la responsable directa de la desafiliación de las agenciadas y de reportar esa información en los listados y novedades que entregó a Cosmitet Ltda, disponiendo que fueran excluidas de la prestación de los servicios médicos con cargo a la cuenta de dicho Fondo, no cabe duda alguna que su conducta también quebrantó los derechos fundamentales de las menores adolescentes desde diciembre de 2013, fecha en que fue certificada la desafiliación, y que los sigue vulnerando porque no ha procedido a actualizar sus bases de datos a pesar de ser las agenciadas acreedoras beneficiarias en calidad de sustitución de la pensión de invalidez que en vida disfrutaba su progenitora.

Bajo la anterior óptica, resulta claro que persiste la afectación de los derechos fundamentales de las agenciadas y que debe concederse el amparo constitucional

ordenando a Cosmitet Ltda y a la Fiduprevisora S.A., que reactiven la afiliación en salud y presten los servicios médico asistenciales a los que tienen derecho María Fernanda y Laura Sofía Gómez Benavides, más cuando ya son acreedoras reconocidas de la sustitución pensional de la mamá.

6.3. De acuerdo con el análisis realizado, esta Sala de Revisión considera que se presentan los elementos necesarios para disponer la protección constitucional deprecada. En este sentido, revocará la decisión proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al interés superior de los menores adolescentes, ordenando a la Fiduciaria La Previsora S.A. “Fiduprevisora” y de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them “Cosmitet Ltda”, que procedan a realizar las gestiones necesarias con el fin de reactivar la afiliación de las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, en calidad de usuarias del programa especial de salud que ofrece el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así mismo, procedan a garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios médicos asistenciales que soliciten de acuerdo con la cobertura de tal programa.

De todas las gestiones que realice la IPS dará cuenta de manera inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de la orden de protección.

#### 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 Política,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 22 de enero de 2014, por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia – Quindío, que negó la acción de tutela instaurada por Teresa del Niño Jesús Benavides Gaviria como agente oficiosa de las menores adolescentes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, contra la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them “Cosmitet Ltda” y la vinculada Fiduciaria La Previsora S.A. “Fiduprevisora”. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al interés superior en favor de aquellas adolescentes.

SEGUNDO.- ORDENAR a los representantes legales de la Fiduciaria La Previsora S.A. “Fiduprevisora” y de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them “Cosmitet Ltda”, o a quienes hagan sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, procedan a realizar las gestiones necesarias con el fin de reactivar la afiliación de las jóvenes Laura Sofía y María Fernanda Gómez Benavides, en calidad de usuarias del programa especial de salud que ofrece el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así mismo, procedan a garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios médicos asistenciales que soliciten de acuerdo con la cobertura de tal programa.

TERCERO.- ORDENAR, al Juzgado Sexto Civil Municipal de Armenia – Quindío, que verifique y vele por el acatamiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si la IPS Cosmitet Ltda o la Fiduprevisora S.A. no dan cumplimiento en el plazo señalado.

CUARTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] A folio 16 (anverso) del cuaderno 1, se observa que en el numeral cuarto de la

resolución se establece textualmente lo siguiente: “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará del valor de la mesada pensional, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial en beneficio del jubilado, el 12.0% en virtud de la Ley 1250 de 2008”.

[2] Así se evidencia de la fotocopia del registro civil de defunción de la señora Luz Miryan Benavides que obra a folio 5 del cuaderno 1.

[3] Al momento de interponer la acción de tutela, María Fernanda era aún menor de edad. En la actualidad cuando la Corte Constitucional estudia el caso, la joven ya cuenta con 18 años de edad recientemente cumplidos.

[4] Cfr. folio 10 cdno 1.

[5] Este principio constitucional y su desarrollo a través de la agencia oficiosa, fue objeto de análisis en la sentencia T-344 de 2001.

[6] Sentencia T-312 de 2009.

[7] El tema ha sido desarrollado por las sentencias SU-1023 de 2001, T-324 de 2004, T-836 de 2008, T-1093 de 2008, T-197 de 2009, T-312 de 2009, T-477 de 2009, T-591 de 2009 y T-595 de 2009.

[8] En sentencia SU-707 de 1996, la Sala Plena de esta Corporación indicó que: “Para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia”. Adicionalmente, en sentencia T-294 de 2004 fueron definidos los dos requisitos así: “(i) La necesidad de que el agente oficioso manifieste explícitamente que está actuando como tal y (ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones de instaurar la tutela a nombre propio”. Sobre el particular, también se pueden consultar las sentencias T-346 de 2005, T-750 de 2005, T-162 de 2006 y T-913 de 2006.

[9] Así lo señaló la sentencia T-1093 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[10] Auto 006 de 1996.

[12] Ver, entre otras sentencias de tutela, las sentencias T-597 de 2003, T-1218 de 2004 y T-361 de 2007.

[13] En el fundamento 3.2. de dicha sentencia, se precisó que la Corte ha protegido el derecho a la salud por tres vías evolutivas: (i) estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual permitió identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir la procedencia de la tutela para que el ciudadano pueda obtener una pronta protección del mismo; (ii) reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es sujeto de especial protección; y, (iii) afirmándola que en general el derecho a la salud es fundamental en lo que respecta a un ámbito básico. Ésta última concepción es la actualmente aplicable.

[14] Sentencia T-037 de 2006 (MP Manuel José Cepeda), en la cual se protegieron los derechos de una niña a recibir tratamiento integral para un trastorno del aprendizaje diagnosticado por su médico tratante.

[15] Sentencia T-503 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), en la cual se estudió el caso de una menor cuyo abuelo solicitaba que fuera incluida como beneficiaria suya en el régimen contributivo de salud. El amparo fue negado pero porque la menor había sido afiliada al régimen subsidiado, con lo cual el derecho fundamental a la salud se encontraba garantizado.

[16] Ley 91 de 1989, artículo 3°

[17] Sentencia T-348 de 1997, reiterada en las sentencias T-197 de 2006, T-1052 de 2006 y T-318A de 2009.