

Sentencia T-615/07

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Naturaleza jurídica

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD APLICABLE A DOCENTES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO-Deber de los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas, de interpretar su alcance y de ejercer sus propias funciones

Tal y como ha precisado esta Corporación los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución.

Referencia: expediente T-1506874

Accionante: María Teresa Torres de Guarín.

Accionados: Fiduprevisora S.A., Mejor Salud

-Unión Temporal-, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional

impetrada por la ciudadana María Teresa Torres de Guarín, en su condición de representante legal de la menor Sofía Guarín Torres, contra La Fiduprevisora S.A., Mejor Salud -Unión Temporal- y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda, fundamentos y pretensiones

El día 13 de julio de 2006, la señora María Teresa Torres de Guarín, obrando en condición de representante legal de la menor Sofía Guarín Torres, instauró acción de tutela con el objeto de que se le amparen a la citada menor sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la igualdad.

1.1. Al respecto, se resaltan los siguientes hechos:

- La accionante es abuela materna de la menor, en cuyo nombre actúa y cuya madre la abandonó desde que tenía tres meses de edad. Por tal motivo, y ante la falta también del padre, pues éste se desconoce, ha tenido que asumir desde su nacimiento todas las obligaciones que el cuidado de la citada menor exige, tales como, la alimentación, el vestuario y educación.

- Como consecuencia de lo anterior, la petente acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a fin de solicitar la custodia y cuidado personal de la menor, la cual se asignó mediante acta de diligencia celebrada el cinco (5) de octubre de 2005, en la dependencia Regional Bogotá, Centro Zonal Suba.

- Con el fin de cumplir con los deberes y obligaciones que implica la citada medida de protección, el 30 de abril de 2006, la actora solicitó a La Fiduprevisora S.A., en calidad de afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por su calidad de docente, lo siguiente:

“A. Afiliar a mi nieta como beneficiaria a la EPS de la cual soy cotizante, ya que por el hecho de tener la custodia del ICBF de la niña adquiero los mismos derechos y obligaciones de un hijo.

B. Poder afiliar a Sofía como beneficiaria adicional, mediante el pago de la UPC, como se

puede hacer y lo autoriza la ley en cualquier EPS, legítimamente autorizada.

C. O, se me autorice el retiro de la EPS de Fiduprevisora S.A., ya que por ser obligación estar afiliado a esta EPS, no tengo libertad de cambiarme a cualquier a otra EPS, pues en todas las demás permiten la afiliación de Beneficiarios adicionales mediante el pago de la UPC, mientras se legaliza ante el ICBF la situación de mi nieta”.

- El Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A., mediante oficio N° 410 de mayo 9 de 2006, le informó a la actora que no es posible acceder a su solicitud, toda vez que resulta necesario iniciar un proceso de guarda y representación legal de la niña Sofía Guarín Torres para poder afiliarla como hija adoptiva. Así mismo, le comunicó que tiene la posibilidad de vincular a su nieta a una EPS, “previo el pago de un monto exigido por ley bien como cotizante independiente o como beneficiario del mismo por medio de algún familiar”.

1.2. Expresa la demandante que la negativa de La Fiduprevisora S.A. es violatoria de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la igualdad de su nieta, porque además de impedir el cumplimiento de la decisión adoptada por los funcionarios del ICBF, consistente en garantizarle la salud a la menor; la expone al riesgo implícito de la desprotección total al no encontrarse afiliada a ninguna entidad prestadora de salud.

1.3. Como pretensiones de la demanda, la accionante le pide al juez de tutela conceder el amparo definitivo de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la igualdad de la menor Sofía Guarín Torres; y en consecuencia, le solicita que se ordene a La Fiduprevisora S.A., Mejor Salud -Unión Temporal-, y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio afiliarse a su nieta como beneficiaria dentro de su plan familiar o, si es del caso, se le permita retirarse del régimen especial en el que se encuentra inscrita para poder elegir cualquier otra EPS.

2. Oposición de la demanda.

2.1. En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones de la Fiduprevisora S.A., solicitó se desestimaran las pretensiones de la presente demanda, por las siguientes razones:

-El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Ministerio, como una cuenta especial de la Nación, cuyos recursos son manejados en la actualidad por La Fiduprevisora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito entre dicha entidad y la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

-De conformidad con la citada ley, también se determinó que con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se debían garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes. Fue así como, la entidad fiduciaria suscribió los contratos de prestación de estos servicios, conforme a las directrices fijadas para el efecto por el fondo.

-La limitación del grupo de beneficiarios para atender a los cotizantes, beneficiarios y pensionados del Fondo del Magisterio, no es una decisión caprichosa dado que el modelo de contratación y financiación, así como la estructura financiera y de aportes para estos servicios médicos asistenciales, implican necesariamente la imposición de restricciones en los planes para los beneficiarios de los educadores.

-El régimen de excepción del Magisterio, se identifica con los parámetros del Sistema de Seguridad Social, toda vez que igualmente se soporta en una estructura financiera que está dada en planes de beneficios racionales, la cual depende del nivel de aportes del educador, traducidos en un percápita determinado. Sin embargo, es un sistema diferente, por ser un régimen de excepción.

-De conformidad con el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el Magisterio, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, mediante Acuerdo 13 del 30 de diciembre indicó, en forma expresa que los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud se prestarían a todos los usuarios, entendiéndose por tales los 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 lo establecido por 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 periodos 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”

-De conformidad con lo anterior, los nietos de una docente sólo son beneficiarios por 30 días a partir de su nacimiento, cuando se trata de hijas beneficiarias. De tal manera, que no se ha ampliado la cobertura ni a niños entregados en curaduría o guarda, ni a los nietos.

-Por las citadas razones, se solicita desestimar por improcedente la acción de tutela de la referencia, pues no ha existido ninguna vulneración de los derechos fundamentales invocados. Además no se trata de la prestación de servicios médicos a beneficiarios que la ley contempla como tales, “pues en el régimen de seguridad social de un solo afiliado no pueden gozar de servicios médicos todas las generaciones del mismo”.

2.2. La Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, señaló que de conformidad con el artículo 279 Superior, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio constituyen un régimen de excepción distinto al Sistema Integral de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no les rige ninguna de las instituciones, normas y procedimientos creados por el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la accionante hace parte del régimen de excepción del Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto percibe sus servicios a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.), solicita se exonere al Ministerio de la Protección Social -FOSYGA- de toda responsabilidad en la acción de tutela de la referencia.

2.3. La Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, señaló que:

- Los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, los docentes, constituyen uno de los grupos que en materia de seguridad social, y por señalamiento expreso del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentran sujetos a disposiciones especiales.

- En este orden de ideas, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Ley 91 de 1989, los servicios médicos-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, cuyos recursos son administrados y manejados por la Fiduciaria La Previsora S.A.

- A su turno, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993, dispone que todos los docentes, sin importar su vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para recibir los servicios asignados a éste; la atención en salud se encuentra a cargo de las entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

- Para este caso, la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como sus beneficiarios, son prestados por MEDICOL U.T., a través de contratos suscritos entre la entidad y la Fiduciaria La Previsora S.A., quien administra los recursos de dicho fondo, de acuerdo con el contrato de Fiducia Mercantil establecido a través de escritura pública, suscrito entre la Nación-Ministro de Educación Nacional y esa entidad, por mandato de la Ley 91 de 1989.

Por lo tanto es la Fiduciaria La Previsora S.A., la entidad responsable de la prestación de estos servicios.

3. Material probatorio allegado al proceso y recaudado en sede de revisión.

3.1. La accionante adjuntó a su demanda de tutela las siguientes pruebas documentales:

- Copia de la cédula de ciudadanía. (Folio 6)

- Copia del registro civil de nacimiento de la menor Sofía Guarín Torres. (Folio 7)

- Copia del formulario de inscripción a servicios de salud. (Folio 8)

-Copia del acta de asignación de custodia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Folio 9)

-Copia del derecho de petición del 30 de abril de 2006 y respuesta del Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A. (Folios 10 y 11)

-Copia de la declaración extrajuicio para la afiliación de la menor a La Fiduprevisora S.A. (Folio 16)

-Copia de la declaración juramentada N° 3663 de junio 28 de 2006 dirigida al ICBF como requisito para solicitar la representación legal. (Folio 17).

3.2. Para mejor proveer, esta Sala de Revisión solicitó a la señora María Teresa Torres de Guarín, que informara, si actualmente la menor Sofía Guarín Torres tiene cobertura en materia de salud.

La accionante, mediante comunicación del 2 de mayo de 2007, señaló que su nieta a favor de quien interpone la acción de tutela de la referencia, aún no tiene cobertura en materia de salud.

II. DECISIONES JUDICIALES

1. Primera instancia.

Mediante sentencia del día 3 de agosto de 2006, el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, con base en las siguientes consideraciones:

-La decisión del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de no reconocer la calidad de beneficiaria de los servicios de salud a la menor Sofía Guarín Torres, se ajusta plenamente a las condiciones previstas en el contrato de servicios asistenciales, el cual, constituye ley para las partes.

- La Solicitud de vinculación al servicio por parte de la interesada se formuló sin acreditar el cumplimiento de los requisitos contractuales.

-La atención de las obligaciones por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y La Fiduprevisora S.A. se ha ceñido a derecho y en nada ha contrariado las garantías fundamentales de la accionante, ni de la menor cuya afiliación al régimen de excepción se pretende. “En efecto, la entidad demandada no se encuentra obligada legalmente a prestar a la niña SOFIA GUARIN TORRES el servicio que solicita la demandante, por cuanto los nietos de los docentes solo son beneficiarios por treinta (30) días a partir de su nacimiento, cuando se trata de hijas beneficiarias del docente”.

-La señora Torres de Guarín cuenta con otro medio de defensa judicial para dirimir el conflicto presentado, “al margen de la acción de tutela, por tratarse inicialmente de una relación contractual cuyas contenciones irían a la jurisdicción ordinaria”.

-Tampoco en este caso se constata que se den las condiciones para considerar el amparo de tutela como mecanismo transitorio, “porque si bien del escrito de la demandante se colige una situación compleja ante una eventual enfermedad de la menor bajo custodia, en forma concreta se hace evidente que tal situación es absolutamente incierta e hipotética no siendo procedente la acción de amparo en semejantes circunstancias pues no se impone una respuesta urgente e inmediata para hacer cesar efectos nocivos, cuando ni siquiera existe una causa real o inminente de los mismos...”.

Esta decisión fue impugnada una vez vencido el término consagrado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, razón por la cual, el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante Auto del 23 de agosto de 2006, lo declaró extemporáneo.

III. Consideraciones y Fundamentos DE LA CORTE

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico a resolver

Esta Sala debe determinar si, en el presente asunto, la negativa del Director de los Servicios de Salud de la Fiduprevisora S.A. de inscribir a la menor Sofía Guarín Torres como beneficiaria de la docente María Teresa Torres de Guarín, en calidad de abuela, vulnera los derechos fundamentales de la citada menor a la salud, a la seguridad social y a la igualdad. Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien no existe una norma expresa que permita la afiliación de los nietos, en el presente caso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le confirió a la señora Torres de Guarín la custodia y cuidado personal de la menor Sofía Guarín Torres, desde hace más de un año y medio.

Como este problema jurídico, ya fue resuelto en un caso similar por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-907 de 20041, en esta providencia se reiterará dicha decisión y se adoptarán medidas similares a las que se tomaron en ese entonces.

Para resolver el citado interrogante, la Sala Cuarta de Revisión, en primer lugar, precisará las razones que hacen procedente la acción de tutela de la referencia; y en segundo término reiterará la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado en materia de: (a) El derecho de los niños a la salud y; (b) La interpretación conforme a la Constitución de las normas que configuran los regímenes especiales en materia de seguridad social.

3. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 Superior le otorga a la acción de tutela la naturaleza de mecanismo subsidiario de defensa judicial, pues a pesar de la existencia de otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, procede cuando los mismos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En razón a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación ha sido enfática en señalar que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial². En efecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”³

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha precisado que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”⁴, evento en el cual, es procedente conceder el mecanismo de amparo de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales⁵.

En el caso sometido a estudio, se busca mediante el mecanismo de amparo constitucional que a la menor Sofía Guarín Torres le sean prestados los servicios médicos asistenciales con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en razón a que su abuela, la señora María Teresa Torres de Guarín, -docente pensionada-, recibe los servicios médico-asistenciales propios de dicho régimen de excepción y es ella quien ha asumido el rol materno frente a la menor, desde que tenía tres (3) meses de edad, dado el abandono de su madre biológica.

La Sala, observa, que este caso involucra a un sujeto de especial protección constitucional, cuyo derecho a la salud es fundamental en sí mismo de conformidad con el artículo 44

Superior. En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela debe valorarse desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable con miras a la preservación de los intereses de la niña en mención.

Ahora, si bien el problema bajo estudio -originado en la negativa del Director de los Servicios de Salud de La Fiduprevisora S.A. de afiliar a la menor para que le sean prestados los servicios médicos asistenciales con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- como beneficiaria de su abuela materna, puede ser resuelto a través de las vías judiciales ordinarias destinadas a resolver controversias de orden contractual, la Sala encuentra que ese medio alternativo de defensa no resulta idóneo para la efectiva protección de los derechos de la menor Sofía Guarín Torres.

La Corte llega a tal conclusión porque se encuentra acreditado en el expediente que la menor ha dependido desde los tres (3) meses de edad, tanto a nivel afectivo como económico de la actora y al encontrarse ésta ante la imposibilidad de afiliarla al régimen en el cual se halla vinculada, equivale a que la niña se mantenga en estado de desprotección en lo concerniente a la atención de su salud, al no poder estar afiliada como beneficiaria a ninguno de los regímenes que conforman el sistema de seguridad social. Para la Sala en consecuencia, la tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales de la menor.

Sobre el particular, tal y como se explicará en el acápite subsiguiente, este Tribunal ha recalcado la importancia del derecho a la salud de los niños, el cual goza del máximo grado de protección por la Carta Magna. En consecuencia, exponer a un niño a los riesgos de salud propios de su edad sin contar, para neutralizarlos, con los beneficios que otorga el Sistema de Seguridad Social en Salud, equivale según lo sostuvo esta Corporación en la Sentencia T-907 de 2004 “a permitir que por una discusión de tipo jurídico-administrativo (en torno a cuál es el sistema al que debe estar afiliado el menor) se ponga en riesgo el bienestar de un sujeto de protección constitucional reforzada, y potencialmente su vida e integridad personal.”

4. El derecho de los niños a la salud y las obligaciones correlativas de los particulares y de las autoridades.

La jurisprudencia reiterada de este Tribunal ha sido enfática en señalar que el derecho a la

salud no tiene prima facie raigambre de derecho fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, salvo en aquellos casos en que éste se encuentra en relación de conexidad con otro u otros derechos que sí ostentan esa naturaleza jurídica, tales como la vida o a la integridad personal.

No obstante, el artículo 44 de la Constitución cita varios derechos, entre ellos el de la salud, que en el caso de los niños son derechos de carácter fundamental en razón a que el Constituyente quiso rodear a la niñez, dada su natural indefensión y la esperanza que simboliza para la sociedad de una especial protección.

En los incisos 2° y 3° del artículo anteriormente mencionado, se consagra como obligación de la familia, la sociedad y el Estado, la de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” y establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y serán considerados como fundamentales para todos los efectos, por lo que se exige privilegiar y asegurar su ejercicio con total plenitud.

Dicho tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante encuentra un claro reconocimiento no solamente en la Constitución Política, sino también en la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional en donde se ha resaltado que los derechos de los menores no sólo prevalecen sobre los derechos de los demás, sino que además tienen el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace evidente en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primordial de toda actuación tanto particular como oficial que les concierna.

En relación con el tema de la salud, el criterio superior y prevalente resulta de la mayor importancia, tanto así que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Observación General No 14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”), reafirmó que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente será el interés superior del niño y del adolescente”.

En esta línea, las autoridades relacionadas con la prestación de los servicios de salud, entre las que se encuentra el Director de Servicios de Salud de la Fiduprevisora S.A., les asiste

como deber en todos los casos donde se involucren menores de edad adoptar las medidas necesarias en aras de garantizar la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud y que comprende según la sentencia que se reitera: “desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación”, de lo contrario se estaría desconociendo “las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones, amenazando o violando con ellos los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo”.

5. El régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el deber de interpretación conforme a la Constitución.

La Ley 100 de 1993, en el artículo 279, reconoce la existencia de un conjunto de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares (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 ECOPEPETROL) están excluidos de la aplicación de la normatividad general.

Para lo que interesa a la presente causa, tal y como quedó señalado en el párrafo anterior los docentes constituyen uno de los grupos que en materia de seguridad social, y de conformidad con el artículo 279 Superior se rigen por normas especiales.

Precisamente, 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 territoriales⁶- fue creado mediante la Ley 91 de 19897 como una cuenta especial de la Nación y cuyos recursos son administrados y manejados por una entidad fiduciaria estatal, que en la actualidad es La Previsora S.A.. Los servicios sociales y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en general están encargados a dicho fondo, por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la mencionada ley.

Adicionalmente, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes del

servicio público educativo que se encuentren vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deben afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en aras de recibir los servicios asignados a éste; servicios que de conformidad con los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la entidad fiduciaria estatal, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Con el fin de eliminar la heterogeneidad que existía en la prestación de servicios de salud para el magisterio a nivel territorial, el Consejo Directivo del Fondo a través del Acuerdo No. 4 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”, estableció el nuevo modelo de prestación de dichos servicios. Así dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°. 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 un 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 No. 13 de diciembre 30 de 2004, el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio, aprobó los Términos de Referencia de la Invitación Pública No. 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 periodos 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.” (Subraya fuera de texto).

De la lectura de los acuerdos anteriormente citados, se tiene que las hijas beneficiarias según las coberturas señaladas y que se encuentren en estado de embarazo, así como su recién nacido hasta los primeros (30) treinta días de edad, recibirán los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud. Ello significa que, la Fiduciaria La

Previsora y finalmente las IPS contratadas, no están obligadas a prestar estos servicios a los nietos de los docentes que sobrepasen la edad mencionada.

Sin embargo, tal y como ha precisado esta Corporación los funcionarios públicos encargados de dar aplicación a las normas constitutivas de dichos regímenes especiales de seguridad social, deben interpretar el alcance de tales normas, y de sus propias funciones, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución. Precisamente en la sentencia tanta veces mencionadas este Tribunal señaló: “[e]n virtud de este parámetro, el intérprete debe determinar el sentido de las normas de forma tal que el resultado de su ejercicio no desemboque en resultados manifiestamente contrarios a lo establecido por la Constitución, teniendo en cuenta el contexto en el cual la norma va a recibir aplicación”

6. Caso concreto.

En el caso sub examine, el Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A resolvió negativamente la petición de la señora Torres de Guarín, consistente en que se afiliara a su nieta al régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, invocando para sustentar su decisión, el argumento según el cual, los Acuerdos No 4 del 22 de julio y No. 13 del 30 de diciembre, ambos del 2004, citados en el acápite anterior, no incluyen a los nietos que sobrepasen los 30 días de edad entre quienes tienen derecho a ser inscritos como beneficiarios.

Para la Sala, al determinarse el alcance de la normatividad que rige el Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de los Docentes Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución, ni se dio aplicación a éste al estudiar la petición presentada por la demandante.

Así, el Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A debió tener presente que la menor Sofía Guarín Torres ha estado durante toda su existencia bajo el cuidado de su abuela materna, la accionante, y que esta situación de hecho fue reconocida y formalizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, autoridad competente en la materia, mediante acta de fecha 24 de octubre de 20039, en la cual consta que la custodia y el cuidado personal de dicha menor en cuestión fueron asignados, en forma provisional, a la señora María Teresa Torres de Guarín. Para la Sala merece especial atención, el aparte de tal acta

en el que se señala cuáles son las obligaciones que adquirió la petente frente a su nieta en virtud de dicha decisión administrativa y en la cual se precisa:

“Que realizará todas las acciones pertinentes para que la niña cuente con la garantía de sus derechos, incluyendo la educación y la salud” (subrayas fuera del original).

Precisamente, este apartado del acta, parafrasea lo dispuesto en los artículos 70 a 72 del anterior Código del Menor y no fue considerado al momento de adoptarse la decisión que se controvierte por esta vía. En efecto, esta parte de la decisión administrativa proferida por el ICBF acredita que en este caso la abuela no pretende inscribir a su nieta, por ser tal, sino en razón a que tiene que cumplir una serie de obligaciones, entre las cuales se busca garantizar la salud de la menor, que constituye una parte del compromiso que formalmente adquirió y uno de los motivos para que le fuera confiada la custodia y cuidado de la menor.

De ahí que, la determinación de no permitir la afiliación de la menor a dicho régimen, obstaculiza no sólo el cumplimiento de este deber sino que dificulta el cumplimiento de la decisión adoptada por los funcionarios del ICBF, toda vez que la menor al no encontrarse afiliada a ninguna entidad prestadora de salud está expuesta a los riesgos de salud propios de su edad sin contar con ningún respaldo del sistema de seguridad social.

Así las cosas, la negativa de afiliar a la menor Sofía Guarín Torres, desconoce, en primer lugar, la realidad fáctica y jurídica, consistente en la permanencia de la niña bajo el cuidado de su abuela durante toda su existencia y la formalización legal de dicha situación mediante el otorgamiento de la custodia y cuidado personal por parte del ICBF; en segundo término, el alcance de las obligaciones que adquirió la señora María Teresa Torres de Guarín frente a su nieta. Estas connotaciones del caso en comento, determinan la diferencia sustancial que existe entre dicha menor, para quien su abuela materna desempeña el rol fáctico y jurídico de madre-cuidadora, y los demás menores de edad nietos de docentes afiliados que no se encuentran en la misma situación de dependencia directa del cuidado de sus abuelos.

Para la Sala, desconocer que, la menor Sofía Guarín Torres hace parte de un núcleo familiar definido, en el cual, su cuidadora directa está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y pretender que para poder ser beneficiaria de los servicios de salud, o bien, alguien la afilie directamente al régimen general de seguridad social en salud, o esperar que sus padres resuelvan asumir los deberes que tal condición les imponen, lo cual

no ha ocurrido y ha generado que durante toda su existencia haya estado bajo el cuidado de su abuela, generan desprotección de la menor en materia de seguridad social, lo cual, resulta, manifiestamente contrario a varios preceptos constitucionales, entre ellos, los consagrados en los artículos 13, 42, 44 y 113 Superiores.

Así, al haberse acreditado que la decisión por parte del Director de Servicios de Salud de La Previsora S.A comporta una medida lesiva del derecho a la protección especial de la menor Sofía Guarín Torres, la cual se encuentra expuesta a los riesgos propios de su edad, sin contar con respaldo del Régimen de Seguridad Social, la tutela habrá de ser concedida.

7. Medida a adoptar

La Sala debe precisar que en este caso no se ordenará al Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A que amplíe la cobertura de dicho régimen de excepción para que se incluyan los nietos de los afiliados en tanto beneficiarios, pues ello equivaldría a desconocer lo dispuesto en la normatividad que lo rige. Tampoco se ordenará a dicho funcionario que inaplique, para el caso concreto, las normas que resultan aplicables, con el propósito de inscribir a la menor Sofía Guarín Torres como beneficiaria de la actora. Ninguna de estas soluciones es procedente, porque tal y como se expuso en los acápites anteriores, las características fácticas y jurídicas de la relación existente entre la señora María Teresa Torres de Guarín y la menor a favor de quien se interpuso la tutela, hacen que ésta sea esencialmente diferente a la que existe entre los demás afiliados al régimen y los nietos que no se encuentran formal y materialmente bajo su custodia y cuidado personal con los afiliados.

En ese orden de ideas, la Corte habrá de interpretar la normatividad que rige dicho régimen de excepción de tal manera que responda a la realidad fáctica y jurídica del caso concreto y sea posible en el proceso de interpretación y aplicación normativos aplicarse y materializarse los mandatos Superiores. Así, teniendo en consideración, en primer lugar, la situación de la menor Sofía Guarín Torres; en segundo término, su dependencia directa a la accionante tanto a nivel afectivo como económico y, finalmente, las obligaciones que adquirió la señora María Teresa Torres de Guarín en razón a su condición de cuidadora de la niña por mandato del ICBF, habrá de entenderse que la norma sí es aplicable a este caso individual y particular, puesto que en términos prácticos ha sido la actora quien ha cumplido el rol materno frente a

la menor durante toda su existencia, y por disposición del ICBF habrá de seguir cumpliendo materialmente con las obligaciones propias de éste hasta que se adopte una medida definitiva, siendo deber de las demás autoridades del Estado facilitar en cuanto esté a su alcance el cumplimiento de dichas obligaciones.

Precisa la Sala que esta decisión se ha adoptado en atención a las particularidades del caso sub examine, a saber: (i) la menor afectada ha permanecido durante toda su existencia con su abuela materna, la accionante, en forma ininterrumpida; (ii) en el acta en la que el ICBF le otorgó la custodia y el cuidado personal de la menor, se le impuso expresamente a la peticionaria, entre otros, el deber de proveer por la salud de la niña; y (iii) en este caso no existe, dentro del régimen de excepción al cual está afiliada la petente, un régimen alternativo al cual pueda afiliarse la menor.

Ahora bien, con base en las consideraciones anteriormente expuestas, encuentra la Sala de Revisión que se deberá revocar el fallo de instancia y en su lugar se deberá conceder la acción de tutela de la referencia. En consecuencia, la Corte ordenará al Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adoptar todas las medidas necesarias para que la menor Sofía Guarín Torres sea afiliada al régimen especial de seguridad social en salud de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en tanto beneficiaria de la señora María Teresa Torres de Guarín, con todos los derechos propios de esta condición.

IV. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia del día (tres) 3 de agosto de 2006, proferida por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se denegó la acción de tutela de la referencia. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la

seguridad social y a la igualdad de la menor Sofía Guarín Torres.

TERCERO.- ORDENAR al Director de Servicios de Salud de la Previsora S.A que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a adoptar todas las medidas necesarias para que la menor Sofía Guarín Torres sea afiliada al régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en tanto beneficiaria de la señora María Teresa Torres de Guarín con todos los derechos propios de esta condición.

CUARTO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa..

2 Igual doctrina se encuentra en las sentencias: T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

3 Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Véase Sentencia SU-961 de 2003. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Véanse, además, las sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

6 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”.

7 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.”

8 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.”

9 El Acta de Asignación de Custodia de la menor Sofía Guarín Torres, suscrita por la señora María Teresa Torres de Guarín y el señor Jorge Humberto Castañeda Urbano -Defensor de Familia del ICBF Regional Bogotá, Centro Zonal Suba-, textualmente dice:

ACTA DE ASIGNACION DE CUSTODIA

REFERENCIA: HISTORIA SOCIOFAMILIAR 19 87 DE 2004.

MENOR: SOFIA GUARIN TORRES.

En Bogotá, a los CINCO (5) días del mes de OCTUBRE de dos mil cinco (2005), compareció ante el Defensor de Familia, la señora María Teresa Torres de Guarín, con CC 41429869 de

Bogotá, abuela materna de la menor de la referencia, con el fin de recibir formalmente la custodia de su nieta, teniendo en cuenta:

1. Que la niña está bajo el cuidado y protección de la compareciente y el abuelo desde su nacimiento.
- 2 . Que la madre del niño, señora Liliana Paola Guarín Torres, no cumple este rol de madre ni ha comparecido a las citas programadas por la Defensoría de Familia, entre otras cosas porque se desconoce su paradero desde el año 2003.
3. Que su condición de abuela materna, lo cual acredita mediante el correspondiente registro civil de nacimiento, la compareciente manifiesta expresamente querer asumir la custodia de su nieta y estar en condiciones para darles (SIC) toda la protección necesaria en todos los sentidos.
4. Que se compromete además proveer al Instituto de toda la información necesaria para el seguimiento del asunto.
5. Que realizará todas las acciones necesarias para que la niña cuente con la garantía de sus derechos, incluyendo la educación y la salud.
6. Que desea proteger a la niña con una sustitución pensional en caso de muerte.
7. Que por el interés superior del menor es fundamental propiciarle al mismo la mejor situación posible para su desarrollo integral.

(....)”