

Sentencia T-594/06

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Imposibilidad de defensa de la persona en cuyo nombre se actúa/**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA**-Hijo en representación de padre enfermo

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

ACCION DE TUTELA-Recursos que la hacen improcedente deben ser idóneos y eficaces

ACCION DE TUTELA-Aptitud de medio judicial alternativo debe ser analizada según circunstancias de solicitante y el derecho fundamental vulnerado/**JUEZ DE TUTELA**-Idoneidad de medio judicial alternativo debe ser analizada en caso concreto

ACCION DE TUTELA-Casos en que análisis de procedibilidad debe realizarse de forma menos rigurosa

La Corte ha afirmado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Sujeto de especial protección constitucional

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cumplimiento de contrato de prestación de servicio de salud

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cumplimiento de contrato de prestación servicios de salud y controversias que se originen corresponde a jurisdicción civil

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS DE CARACTER GENERAL-Procedencia excepcional en el caso en que se vulneren derechos fundamentales

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

OMISION LEGISLATIVA-Régimen beneficiarios en salud del magisterio/**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**-Régimen mínimo de beneficiarios en Fondo de Prestaciones del Magisterio/**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**-Protección a disminuidos físicos/**DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESTACIONALES**-Desarrollo legislativo

CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vulneración de derechos fundamentales por la omisión en la reglamentación de la afiliación de los beneficiarios

CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reglamentación del servicio de salud de los padres de los docentes afiliados que no gozan de pensión y dependen económicamente de sus hijos

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Consagración en instrumentos internacionales y Constitución

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Realización progresiva de derechos sociales/**DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES**-Realización progresiva por el Estado

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Deber de no discriminación

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-
Mandato de progresividad no excusa al estado de asegurar a todos sus habitantes contenidos mínimos

La jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido de manera reiterada que la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos. Tal mandato implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, pues se presumiría que la decisión es en principio inconstitucional, y por ello esta Corporación ha asumido en el control constitucional una posición estricta al respecto. Para que pueda ser ajustado a la Carta Política, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Retroceso contradice mandato de progresividad/PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHOS SOCIALES-Prohibición de retroceso no es absoluta

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

REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-
Disminución de recursos desconoce cobertura progresiva del sistema

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-
Vulneración por régimen de beneficiarios de servicios de salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Al equiparar el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el régimen especial del Magisterio se evidencia que el primero tiene más cobertura que el segundo en lo relacionado a la posibilidad de los docentes para afiliarse a

sus padres como beneficiarios, cuando éstos dependen económicamente de aquéllos y los educadores tengan también como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos. Se advierte entonces que el régimen de seguridad social del Magisterio presenta un vacío en este punto, que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Este vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir “para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” (C.P., art. 46). En efecto, quienes pertenecen al régimen contributivo de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, tienen derecho a incluir miembros adicionales a su grupo familiar, mediante el pago de la UPC, sin embargo, los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la posibilidad de afiliados adicionales, constituyendo una medida menos favorable a la del régimen general, lo que contraviene el mandato de progresividad estudiado en la parte dogmática de esta providencia, y que en los casos concretos dio lugar a que los actores no pudieran continuar siendo beneficiarios, con la consecuente interrupción en la prestación de los servicios medico asistenciales.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No puede vulnerar los derechos a los usuarios por problemas de índole contractual, económico o administrativo

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Relevancia constitucional

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cobertura familiar

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prestación sin interrupción/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**-Obligación de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Régimen de beneficiarios de servicios de salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA EL MAGISTERIO-Ordenes proferidas por Corte Constitucional

Referencia: expedientes acumulados T-1322556, T-1324968, T-1324978, T-1324979, T-1324996.

Acciones de tutela instauradas por Marlene Benítez Giraldo en representación de Elvia Giraldo de Benítez; Carlos Julio Durán Cruz en representación de María Julia Cruz de Durán; Ana Cecilia Torres Betancourt en representación de Luis Alberto Torres Cruz; Martha Corena de Benítez en representación de Nelly Elvira Benítez de Corena; y por Isaura León de Martínez, contra el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Cosmitet Ltda.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Marlene Benítez Giraldo en representación de Elvia Giraldo de Benítez; el proferido por el Juzgado 6° Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C. y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Carlos Julio Durán Cruz en representación de María Julia Cruz de Durán; el proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Ana

Cecilia Torres Betancourt en representación de Luis Alberto Torres Cruz; el proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Martha Corena de Benítez en representación de Nelly Elvira Corena de Benítez y el dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por Isaura León de Martínez.

Mediante auto de abril 20 de 2006, la Sala de Selección de Tutelas N° 4 de esta Corporación, decidió seleccionar los procesos de tutela radicados bajo los números T-1322556, T-1324968, T-1324978, T-1324979 y T-1324996, para su revisión ante la Corte y por guardar unidad de materia entre sí, en el mismo auto dispuso la acumulación de tales expedientes para que fueran resueltos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

Marlene Benítez Giraldo en representación de Elvia Giraldo de Benítez, Carlos Julio Durán Cruz en representación de María Julia Cruz de Durán, Ana Cecilia Torres Betancourt en representación de Luis Alberto Torres Cruz, Martha Corena de Benítez en representación de Nelly Elvira Benítez de Corena y por sí misma Isaura León de Martínez, instauraron acciones de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, (entidad demandada únicamente en los expedientes, T-1324968, T-1324978, T-1324879 y T-1324996) el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria La Previsora S.A. y Cosmitet Ltda., respectivamente (estas última institución fue demandada sólo en el expediente T-1322556), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, a la protección de la tercera edad y a la dignidad humana.

1.- Reseña temática y fáctica.

La controversia suscitada en todos los expedientes acumulados tiene como punto de origen, la exclusión de la calidad de beneficiarios directos en materia de salud, a los padres de los docentes casados o solteros con hijos, pese a que dependen económicamente de éstos y no reciban pensión. La mencionada exclusión fue adoptada por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de los Acuerdos N° 4 de julio 22 de 2004, por el cual se adoptaron modificaciones a los servicios médicos a cargo del Fondo y N° 13 del 30 de diciembre de 2004, por medio del cual se aprobaron los términos de referencia de la invitación pública a contratar N° 143 de enero 18 de 2005, mediante la cual la Fiduciaria La Previsora S.A. (quien en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con el Ministerio de Educación Nacional maneja los recursos del

Fondo), por delegación de la Junta Directiva del Fondo, seleccionó y contrató las instituciones¹ que en último término prestan los servicios médico asistenciales de los docentes y sus beneficiarios.

Los accionantes manifiestan ser padres de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en calidad de beneficiarios, dependientes económicamente de éstos, que no reciben pensión, pertenecientes a la tercera edad, con delicadas afecciones en su salud y que de tiempo atrás han venido recibiendo los servicios de salud en las respectivas I.P.S. contratadas por la Fiduciaria, sin restricción alguna. Dicen que sólo ahora, a raíz de la expedición del Acuerdo N° 4 de 2004 y de la nueva contratación, se han visto privados de la prestación de los servicios médico asistenciales, puesto que ya no aparecen en la base de datos de la fiduciaria La Previsora S.A. ni en la de las I.P.S. en las que se les atendía como beneficiarios, por cuanto no cumplen con el requisito de que sus hijos docentes sean solteros y sin hijos, negándoseles en consecuencia la atención en salud que requieren.

Afirman que el retiro de la cobertura de beneficiarios desde el mes de julio de 2005, ha ocasionado además del agravamiento de su estado de salud, un detrimento económico, por cuanto dada la dependencia económica que tienen para con sus hijos, ellos deberán solventar con mayor frecuencia la atención médica, costosos tratamientos y medicamentos prestado por particulares. Así mismo, con esta decisión se ven abocados a quedar desprotegidos en materia de salud, toda vez que circunstancias tales como la avanzada edad, el estado de salud en que se encuentran, la imposibilidad física para trabajar y la dependencia económica, les impedirá afiliarse a una E.P.S. del Sistema General de Salud, por no poder demostrar la calidad de trabajadores independientes con capacidad de pago.

Informan en cada caso, las siguientes particularidades:

- En el expediente T-1322556, la señora Elvia Giraldo de Benítez de 71 años de edad, madre de la docente Marlene Benítez Giraldo, quien interpone la tutela en su representación, indica que es beneficiaria en salud desde el año 1999, padece del corazón, gastritis crónica y *trigüicerios* y presenta necesidad del suministro de varios medicamentos;

- En el expediente T-1324968, la señora María Julia Cruz de Durán de 79 años de edad, madre del docente Carlos Julio Durán Cruz, quien interpone la tutela como agente oficioso, informa que es beneficiaria en salud desde hace más de 8 años, tiene pendiente una cirugía de cataratas en el ojo derecho que

¹ Las I.P.S. deben someterse a los parámetros señalados en los Acuerdos N° 004 y 013 de 2004, a los términos de referencia de la invitación pública y finalmente en el contrato celebrado con la Fiduciaria.

reviste urgencia en razón a que perdió la visión del otro ojo por una reciente cirugía que se complicó. Agrega que padece enfermedades que requieren atención permanente como la artritis degenerativa crónica, arritmia cardíaca, problemas de tiroides, esofagitis, gastritis crónica y osteoporosis.

- De los documentos allegados al expediente T-1324978, se concluye que el señor Luis Alberto Torres Cruz de 93 años de edad, padre de la docente Ana Cecilia Torres Betancourt, quien interpone la tutela en su representación, es beneficiario en salud desde el año 1997 y padece de *candidiasis*.

- En el expediente T-1324979 la señora Nelly Elvira Benítez de Corena de 76 años de edad, madre de la docente Martha Corena de Benítez, quien obra como agente oficiosa, informa que es beneficiaria en salud desde el año 2003, padece una patología asmática y sufre de hiperactividad bronquial;

- En el expediente T-1324996 la accionante señora Isaura León de Martínez de 88 años de edad, quien instaura la acción por sí misma, afirma ser madre de la docente María Orfilia Martínez de Rodríguez, beneficiaria en salud desde el año 2002, con hipertensión arterial que requiere tratamiento y medicamentos;

Por las razones anteriores pretenden que se declare que las entidades demandadas han violado de manera flagrante sus derechos fundamentales y en consecuencia solicitan sean incluidos nuevamente como beneficiarios en salud de sus hijos docentes, garantizándose la continuidad en la prestación de los servicios médico asistenciales que venían recibiendo y los que a futuro requieran.

2. Respuesta de las entidades demandadas.

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

En los escritos de respuesta a las acciones de tutela T-1322556², T-1324968³, T-1324978⁴, T-1324979⁵ y T-1324996⁶ el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Oficina Asesora Jurídica, y Fiduciaria La Previsora S.A., por medio de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones, pidieron se desestimaran

² Si bien la demanda se dirige en contra de la I.P.S. Cosmitet Medinorte y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a folio 37 del expediente, obra el escrito de respuesta de la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad que fue vinculada de oficio por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, mediante auto de fecha octubre 19 de 2005, en el que también se decretó la nulidad de lo actuado dentro de la acción de tutela por indebida integración del litisconsorcio necesario En este expediente no fue vinculado el Ministerio de Educación Nacional.

³ Ver folios 52 - Fiduciaria La Previsora S.A. y 55 - Ministerio de Educación Nacional.

⁴ Ver folios 33 y 36 - Fiduciaria la Previsora S.A. y 46 - Ministerio de Educación Nacional.

⁵ Ver folios 29 - Fiduciaria La Previsora S.A. y 34 - Ministerio de Educación Nacional.

⁶ Ver folios 23 - Fiduciaria La Previsora S.A. y 27 - Ministerio de Educación Nacional.

las acciones de tutela. Los argumentos de defensa expuestos, pueden resumirse de la siguiente manera:

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

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

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

Hacen referencia, como argumento adicional para justificar el retiro del servicio médico de los accionantes, al artículo 14 del decreto 1703 de 2002⁷, mediante el cual se fijaron las reglas para evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos de las personas que pertenezcan a los regímenes especiales. Con base en ello concluyeron que: *“...la prestación de los servicios médicos es exclusiva para los docentes y si la situación financiera del Fondo no es suficiente, no puede extenderse la prestación a otros miembros de la familia.”*

Agregan que tanto el Ministerio como la Fiduciaria no son competentes para determinar quiénes pueden ser beneficiarios, pues esta es una función del Consejo Directivo del Fondo, el cual aprobó el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para los usuarios a través del acuerdo N° 4 del 22 de julio de 2004. Añaden que mediante el acuerdo N° 13 del 30 de diciembre de

⁷ Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2004 el Consejo “...aprobó los *Términos de Referencia de la invitación 143 de 2005 para la prestación de los servicios de salud para afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios en el territorio nacional en los cuales se indicó en forma expresa que los servicios médicos asistenciales que conforman el plan de atención en salud se prestará a todos los usuarios...*”. Mencionan que en la misma invitación se determinó con claridad quiénes eran los usuarios y por tanto la entidad médica es la que debe decidir con base en la valoración de tales factores lo relacionado con la afiliación.

Finalmente señalan, que los accionantes pueden afiliarse a una EPS del Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de los valores exigidos como cotizante independiente o como beneficiario de algún miembro familiar, situación que no opera en el régimen de excepción de los docentes.

2.2. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dentro de los expedientes T-1322556⁸ y T-1324978⁹ los Coordinadores del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Valle del Cauca y de Bogotá D.C. respectivamente, dieron respuesta a las acciones de tutela informando que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital, cuyo objetivo es garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales, mediante la contratación con entidades que le señale el Consejo Directivo del Fondo, como órgano máximo de dirección, el cual está integrado por el Ministro de Educación Nacional o su Viceministro quien lo presidirá, un representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y uno del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dos representantes del Magisterio y el gerente de la Previsora, quien tendrá voz pero no voto.

El Coordinación del Valle del Cauca (en el expediente T-1322556), indicó que esa entidad, a través del Consejo Directivo Nacional, con el apoyo de la Fiduciaria La Previsora S.A. para la administración de los recursos, contrató mediante un proceso de licitación pública los servicios del Consorcio Cosmitet Medinorte, para atender todos los servicios médicos asistenciales de los afiliados, en cuyos términos de referencia se impusieron las obligaciones para los contratistas. Por su parte, el Coordinador de Bogotá, D.C. (en el expediente T-13245978), indicó además, que la entidad llamada a responder por los hechos imputados es el Ministerio de Educación Nacional, ente que

⁸ Ver folio 18 del expediente.

⁹ Ver folio 44 del expediente.

preside el Consejo Directivo del Fondo y en tal condición suscribió el contrato de fiducia mercantil con La Previsora S.A., entidad encargada de elaborar los términos de referencia del proceso licitatorio y la contratación con las entidades prestadoras de servicios médicos asistenciales para los educadores.

2.3. Cosmitet Ltda.

En el expediente T-1322556¹⁰, el asesor jurídico de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía Ltda. - Cosmitet Ltda., afirmó en el escrito de respuesta a la acción de tutela, que a partir del 1º de julio de 2005 entraron en vigencia los términos de referencia de la nueva contratación entre el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cosmitet Ltda, a través de la Fiduprevisora S.A., para los servicios de salud que presta el Fondo. Expone que los términos de referencia no incluyen dentro del plan de beneficios y coberturas a los padres beneficiarios que hagan parte del grupo familiar del usuario cotizante con estado civil casado, los que convivan en unión libre, que se hayan divorciado o que tengan hijos. Agrega que desde enero de 2005, se puso en conocimiento de los usuarios esta situación por diferentes medios de comunicación a nivel nacional (cartillas, manuales, página Web y asociaciones sindicales del magisterio), con el propósito de que tuvieran el tiempo suficiente para gestionar el cambio de su beneficiaria a otra institución Prestadora de Salud. Por tal razón, y en atención a que es un hecho cierto que la señora Elvia Giraldo de Benítez, es beneficiaria madre del grupo familiar de cotizante de estado civil casada y con hijos, aparece inactiva en la base de datos reportada por la fiduciaria, en cumplimiento de la nueva estipulación contractual.

Afirma que Cosmitet Ltda. es una entidad privada con ánimo de lucro que presta servicios a los usuarios afiliados al régimen de excepción del Magisterio bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud y en razón a que la entidad no es una E.P.S., no se encarga de captar dineros de los afiliados, no crea planes de beneficios ni de coberturas ni tampoco determina las personas que tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios, pues todas estas funciones radican en La Fiduciaria, como entidad administradora de los recursos. Adicionalmente, manifiesta que la entidad llamada a responder por la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la señora Elvia Giraldo de Benítez es la fiduciaria Fiduprevisora S.A., la cual excluyó de manera taxativa a los padres de los educadores casados o con hijos, pues la entidad no está en capacidad de asumir obligaciones que no se encuentran contenidas en el contrato.

Por lo anterior, concluye que *“Cosmitet Ltda prestó los servicios integrales*

¹⁰ Ver folio 32 del expediente.

en salud requeridos por la señora ELVIA GIRALDO DE BENITEZ hasta el 30 de junio de 2005, en cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., pero a partir del 1 de julio de 2005 no estamos obligados a continuar asumiendo la atención de la señora ELVIA, pues nuestro contratante no la ha reportado como beneficiaria”.

3. Pruebas relevantes que obran dentro de los expedientes.

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

Expediente T-1322556: Elvia Giraldo de Benítez.

- Copia de la cédula de ciudadanía (folio 8) y del carnet de la IPS Medinorte correspondiente a la señora Elvia Giraldo de Benítez, quien aparece en calidad de beneficiaria (folio 11).
- Copia del registro civil de nacimiento de Marlene Benítez Giraldo, en el que consta ser hija de la señora Elvia Giraldo (folio 10).
- Copia de la certificación expedida por la I.P.S. Cosmitet Ltda, en la que consta que la señora Elvia Giraldo se encuentra en estado inactivo en la base de datos en razón a que: *"De acuerdo a los puntos de referencia del contrato con LA FIDUPREVISORA que rige a partir del 01 de JULIO DE 2005 la cobertura es para los beneficiarios padres de docentes solteros sin hijos."* (folio 12).

Expediente T-1324968: María Julia Cruz de Durán.

- Copia de la comunicación de fecha septiembre 14 de 2005, suscrita por la I.P.S. Médicos Asociados, en la que se le informa al docente Carlos Julio Durán que no es posible activar nuevamente la afiliación de su mamá, por cuanto aunque no tenga afiliada a su esposa, de conformidad con el nuevo modelo de salud para el magisterio que entró a regir a partir del 1° de julio de 2005, se requiere que el docente sea soltero y sin hijos y que los padres no sean pensionados y dependan económicamente de él (folio 12).
- Copias de exámenes clínicos especializados, historia clínica y formulas médicas, que dan cuenta de la intervención quirúrgica a la que fue sometida y de las graves afecciones a la salud de la beneficiaria (folios 13 a 33).
- Copia de las respuestas a los derechos de petición dirigidas al docente Carlos Julio Durán, por parte del Director de Servicios de Salud de la Fiduciaria La Previsora S.A., en las que se le informa que de conformidad con los términos de referencia de la nueva contratación de los servicios de salud para el magisterio, a pesar de no tener hijos, *"...el hecho de mantener una unión marital de hecho con la señora Reina Cruz, excluye la posibilidad de*

afiliar a la señora María Julia Cruz de Dirán (sic), al sistema de salud del cual es afiliado..." (folios 34 y 37).

- Copia de la declaración juramentada rendida el 10 de noviembre de 2005, ante la Notaría 14 del Circulo de Bogotá D.C., por el docente Carlos Julio Durán, en la que consta que su señora madre depende de él económicamente, no tiene hijos, es soltero en unión marital con la señora Miryan Sofía Reina de quien precisa que no es su actual beneficiaria en los servicios de salud por encontrarse afiliada a la E.P.S. del ISS.(folio 40)
- Copia del registro civil de nacimiento de Carlos Julio Durán, en el que consta ser hijo de la señora María Julia Cruz. (folio 42).

Expediente T-1324978: Luis Alberto Torres Cruz.

- Copia del resumen de la historia clínica del señor Luis Alberto Torres Cruz de la I.P.S. Médicos Asociados S.A., en la que consta el tratamiento médico realizado el 28 de mayo de 2005 (folio 13).
- Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de la I.P.S. Médicos Asociados S.A. de la docente Ana Cecilia Torres Betancourt y del señor Luis Alberto Torres Cruz, quien aparece en calidad de beneficiario por ser su padre. (folio 15).
- Copia de las quejas presentadas por la señora Ana Cecilia Torres a la Clínica Fundadores por las anomalías presentadas en la atención médica que se le brindó a su padre el señor Luis Alberto Torres, el día 28 de mayo de 2005 con ocasión de la enfermedad de *candidiasis* (folios 16 a 20).

Expediente T-1324979: Nelly Elvira Corena de Benítez.

- Certificación en original suscrita por el médico de la Clínica Sahagun I.P.S. de fecha noviembre 18 de 2005, en la que consta que la señora Nelly Benítez fue atendida por Hiperactividad Bronquial (folio 10)
- Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de la Organización Clínica General del Norte, en la que aparece Nelly Elvira Benítez de Corena como beneficiaria de la docente Martha Corena de Benítez. (folio 13).
- Copia de exámenes clínicos, formulas médicas y órdenes de remisión a nombre de la señora Nelly Benítez . (folio 11, 12 y 14)

Expediente T-1324996: Isaura León de Martínez.

- Acuerdo N° 4 de julio 22 de 2004, proferido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "*Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*". (folio 8).

- Copia de la cédula de ciudadanía y del carnet de Red Salud I.P.S. de la señora Isaura León de Martínez, quien aparece en calidad de beneficiaria de su hija la docente Orfilia Martínez de Rodríguez. (folio 10).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

1. Expediente T-1322556

Mediante sentencia proferida el 16 de noviembre de 2005, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, resolvió tutelar los derechos fundamentales de la accionante y por tanto ordenó a la Fiduciaria La Previsora S.A. su reintegro inmediato al Sistema de Salud y a la I.P.S. Cosmitet Ltda el suministro de los procedimientos requeridos para el tratamiento de la enfermedad. Argumentó el fallador que la decisión adoptada por la I.P.S. de no reconocerle la calidad de beneficiaria de los servicios de salud, si bien se ajustaba a las condiciones previstas en el contrato de servicios asistenciales, le impedía conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a lo previsto en el Decreto 1485 de 1994 - norma que en su criterio se aplica a todos los Sistemas de Seguridad Social en Salud - dar por terminado de manera unilateral la relación contractual, so pena de vulnerar la confianza legítima que había adquirido la actora de pertenecer al Sistema de Salud. Sostiene que también se configuró la existencia de un perjuicio irremediable que justifica el desplazamiento de los medios ordinarios y la procedencia de la acción de tutela, si se tiene en cuenta que la actora padece una enfermedad catalogada como catastrófica, es una persona de 71 años de edad que pertenece a la tercera edad, no recibe ningún ingreso y por tanto depende económicamente de su hija y en la actualidad no se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en ninguno de los regímenes.

Impugnada la sentencia por el representante judicial de Cosmitet Ltda, y por el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones de la Fiduciaria La Previsora S.A., invocando para ello argumentos similares a los presentados en la contestación de la demanda, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia proferida el 17 de febrero de 2006, resolvió revocar la decisión del a quo, tras considerar que las entidades accionadas no vulneraron derechos fundamentales de la actora en tanto que la decisión de desvincular a ciertos beneficiarios se efectuó en cumplimiento de órdenes expresas del Consejo Directivo del Fondo. Sostiene también que la acción es improcedente por cuanto la omisión de la accionante o de sus familiares para afiliarse a otro sistema de salud, no puede traducirse en una violación de sus derechos fundamentales, en razón a que se les informó con suficiente anticipación la decisión de retirarlos con el fin de que tomaran las medidas del caso. La sentencia contó con el salvamento de voto presentado

por uno de los magistrados, quien sostiene que no obstante contar la accionante con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, en tratándose de proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida, la acción como mecanismo transitorio es procedente a fin de evitar un perjuicio irremediable.

2. Expediente T- 1324968

Mediante sentencia proferida el 3 de enero de 2006, el Juzgado 6° Penal del Circuito Especializado, resolvió negar el amparo solicitado tras considerar que las entidades demandadas no vulneraron derecho fundamental alguno de la accionante, en tanto que la exclusión como beneficiaria del sistema de salud que le otorgaba el Fondo de Prestaciones del Magisterio, obedeció a la aplicación de actos o decisiones administrativas soportadas en políticas de prestación de los servicios de salud tomadas por su Consejo Directivo, las cuales pueden ser objeto de cuestionamiento en otras instancias judiciales diferentes a la acción de tutela, lo que no obsta para que la accionante pueda ser afiliada de manera independiente a una E.P.S. con el fin de no verse desamparada en materia de salud.

El señor Carlos Julio Durán Cruz, impugnó la decisión argumentando en su escrito que se ha incurrido en una clara vía de hecho al excluir a su progenitora del servicio de salud como beneficiaria, ya que sus circunstancias personales no se encuadran dentro de los parámetros establecidos en el acuerdo 04 del 2004 y en el nuevo modelo de contratación de los servicios de salud, pues quedó suficientemente demostrado que no tiene hijos y además que se trata de un educador soltero, puesto que nunca se ha casado y la unión libre que tiene no ha sido inscrita en el registro civil o formalmente declarada como lo exige la ley.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 27 de enero de 2006, confirmó el fallo impugnado. A juicio del fallador, la decisión de excluir a la actora como beneficiaria del régimen excepcional, de manera alguna obedeció a una decisión arbitraria o caprichosa de las entidades accionadas y mucho menos a un trato discriminatorio, sino al acatamiento de la reglamentación expedida por el Consejo Directivo del Fondo, de lo cual fueron enterados suficientemente los beneficiarios para permitirle la adopción de medidas. De otra parte consideró el Tribunal que la controversia relativa al estado civil de soltero o casado del docente, escapa a la órbita del juez de tutela y en su criterio ninguna disposición constitucional, legal o reglamentaria le impedía al Consejo Directivo del Fondo modificar el ámbito de la cobertura familiar. Agrega que la acción de tutela es improcedente por cuanto se trata de un acto

de carácter general impersonal y abstracto que puede ser objeto de reproche ante la jurisdicción competente.

3. Expediente T-1324978.

Correspondió conocer de esta acción de tutela a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., quien mediante providencia del 18 de enero de 2006, negó la protección solicitada por considerar que la acción de tutela es improcedente para atacar actos de carácter general, impersonal y abstracto que no lesionan derechos personales, pues no crea situaciones jurídicas subjetivas y concretas, como es el caso del Acuerdo 004 del 2004, por medio del cual el Consejo Directivo del Fondo aprobó el nuevo modelo de prestación de los servicios de salud. Agrega el Tribunal que dado que no se advierte que la demandante se refiera al caso particular de sus padres sino a *"la pretensión única de que se incluya en el sistema de salud, como beneficiarios a los padres de los docentes"*, se colige que la acción se concreta en su disgusto por la expedición del Acuerdo, el cual puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

4. Expediente T-1324979

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante sentencia proferida el 23 de enero de 2006, negó el amparo solicitado argumentando que no se presentó vulneración de los derechos fundamentales de la actora, en tanto que el retiro de la calidad de beneficiaria fue realizado en cumplimiento de disposiciones legales que regulan el nuevo sistema de salud de los docentes. Por tanto, la actora puede afiliarse a una entidad prestadora de los servicios de salud previstos en la Ley 100 de 1993, bien como cotizante independiente o como beneficiaria de algún miembro familiar, dado que el sistema de salud no regula ninguna otra posibilidad.

5. Expediente T-1324996.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante sentencia proferida el 16 de enero de 2006, negó el amparo. Argumentó que en razón a que tal como lo sostiene la Corte Constitucional, no existe una regulación especial que permita definir con exactitud los servicios mínimos a los que tienen derechos los docentes, su régimen de salud se determina en el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien le corresponde la atención de los usuarios. La accionante no probó su calidad de madre de la docente ni tampoco aparece evidenciado su estado civil de casada o soltera y si tiene hijos y mucho menos la urgencia o gravedad que demuestre la existencia de un riesgo evitable únicamente mediante esta acción. Agrega que la afectada dispone de otros

medios de defensa judicial como es demandar ante la jurisdicción competente el acuerdo 004 de 2004, por tratarse de un acto de contenido general, impersonal y abstracto además de que puede tener acceso al sistema de salud por cualquiera de los medios dispuestos. Concluye que la tutela también es improcedente por razones de inmediatez al haber transcurrido casi 14 meses desde el momento en que se dio la exclusión.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Problemas jurídicos.

Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la acción de tutela resulta procedente para controvertir la decisión del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que dispuso nuevas condiciones contractuales para el acceso y prestación de los servicios médico-asistenciales a los afiliados. En caso de considerarla procedente, la Corte analizará si la decisión del Fondo vulnera los derechos fundamentales de los accionantes, teniendo en cuenta que son personas de la tercera edad, con graves afecciones de salud, que dependen económicamente de sus hijos docentes y que no cuentan con un servicio de salud propio.

En respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (ii) el régimen especial de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, (iii) los principios de progresividad y continuidad del servicio de salud, aplicables al régimen especial de los docentes. Previamente a tratar los anteriores asuntos, se determinará lo relativo a la legitimidad para instaurar la acción.

3. Legitimidad para instaurar la acción

De acuerdo con los mandatos del artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela puede ser ejercida directamente¹¹ por la persona a quien se le han

¹¹ Ver Sentencias T-82 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara, T-422 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-530 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz y T-044 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

vulnerado sus derechos fundamentales o de manera excepcional y dada la finalidad protectora de tales derechos, por quien actúe en su nombre bien a través de apoderado o de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, en ejercicio de la agencia oficiosa cuando el agraviado no esté en posibilidad de ejercer su propia defensa.¹²

Teniendo en cuenta que en los expedientes T-1322556, T-1324968, T-1324978 y T-1324979, quienes instauran las acciones de tutela son los hijos de personas de 71, 79, 93 y 76 años respectivamente, que se encuentran gravemente enfermas y en imposibilidad de ejercer su propia defensa y en el expediente T-1324996 la accionante prefirió instaurar directamente la acción de tutela, las situaciones se ajustan a las prescripciones del artículo 10° del decreto 2591 de 1991, sobre la posibilidad de interponer la acción por sí misma o de agenciar derechos de terceros.

4. La procedencia de la acción de tutela como mecanismo para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

4.1. En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales, lo que implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias¹³. El artículo 86 C.P. es claro al establecer que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa, excepto que ella sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

¹² El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 dispone: "*Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de su representante. Los poderes se presumirán auténticos. // "También se puede agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. // "Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // "También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".*

¹³ Ver Sentencias T-469 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-585 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental vulnerado o se proteja de su amenaza¹⁴.

Esa aptitud del otro medio debe ser analizada en concreto verificadas las circunstancias del solicitante y el derecho fundamental de que se trata. Por ello, ha dicho esta Corporación que *"si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces"*¹⁵.

4.2. No obstante la existencia de otro medio de defensa, el Ordenamiento Superior dispone que, como excepción a la regla general, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, un perjuicio se califica como irremediable cuando es (i) *cierto e inminente*, es decir, que no se debe a meras conjeturas y que amenaza o está por suceder; (ii) *de urgente atención*, lo que significa que la medida que se requiera para conjurar el perjuicio ha de adoptarse de manera urgente con el fin de evitar que se consume un daño irreparable, y (iii) *grave*, pues no basta con la presencia de cualquier perjuicio, sino que el mismo ha de ser relevante *lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona*¹⁶.

También, la Corte ha afirmado que si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia - esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del *perjuicio irremediable* arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad¹⁷.

¹⁴ Sentencia T-572 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

¹⁵ Sentencia T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶ Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la Sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yépes.

¹⁷ Sentencia T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4.3. Esta Corporación en reiterados fallos se ha pronunciado sobre conflictos semejantes a los que son objeto del presente análisis por parte de esta Sala, originados en la negación de la afiliación de los accionantes al sistema de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al evaluar la Corte las condiciones de procedibilidad de las tutelas, encontró que dadas las particularidades concretas, no se configuraban en ellas la inminencia de un perjuicio irremediable, por tanto, debía acudirse a las vías judiciales ordinarias procedentes.

Es así como en la Sentencia T-348 de 1997¹⁸, la Corte resolvió una acción de tutela instaurada por un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya hija - mayor de edad y discapacitada - no había sido reconocida por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud como beneficiaria de los servicios médicos. La IPS fundamentaba su decisión en las limitaciones establecidas en el contrato celebrado con el Fondo para la prestación de tales servicios, de conformidad con los lineamientos impartidos por el Consejo Directivo del Fondo mediante un Acuerdo. En este caso la Sala de Revisión concluyó que la tutela era improcedente por cuanto (i) el actor contaba con otros medios de defensa judicial alternativos a la acción de tutela; y (ii) no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, dado que la condición de salud de la niña no revestía gravedad, sus padres contaban con capacidad económica para su sostenimiento y tenían un contrato de medicina prepagada. La Corte consideró en esa oportunidad:

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

“Ciertamente, la jurisdicción civil es la competente para conocer acerca de cualquier controversia que se suscite con ocasión del cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Cooperadores I.P.S. S.A. En consecuencia, si el actor estima que el contratista está incumpliendo los términos del mencionado acuerdo puede acudir a la administración de justicia para que, a través de un proceso civil ordinario, se resuelva su solicitud. De otra parte, no pueden dejar de mencionarse otros mecanismos que, pese a no tener carácter judicial, ofrecen al actor alternativas para la defensa de sus intereses. Así por ejemplo, le resulta posible acudir a la Superintendencia de Salud o al Comité Regional del Fondo de

¹⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Prestaciones del Magisterio del Departamento del Valle del Cauca con el fin de que estas entidades verifiquen el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

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

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-905 de 2004¹⁹, en la cual la Corte negó la solicitud de amparo interpuesta por una docente contra una IPS que se había negado a recibir dentro del Plan de Atención para Beneficiarios, a su madre de 74 años de edad y a su hijo de 20 años, quienes dependían económicamente de ella. La IPS argumentaba que, según el contrato suscrito con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a través de la Fiduprevisora: (i) los padres de los docentes no podían ser inscritos en el régimen de los beneficiarios, salvo que el educador fuera soltero y sin hijos y (ii) los hijos podían tener el carácter de beneficiarios, siempre que se probara que dependían económicamente de la actora y que eran estudiantes de tiempo completo en una entidad debidamente acreditada. La Sala concluyó que la tutela era improcedente. Al respecto afirmó que la actora contaba con otro mecanismo judicial y que no se advertía la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que i) la situación de salud de la madre no revestía gravedad y su derecho a la salud se encontraba garantizado al estar afiliada a una EPS; y ii) dentro del expediente no se había acreditado que el hijo dependiera económicamente de la actora ni que ostentara la calidad de estudiante.

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

Es así como en la sentencia T-351 de 2005²⁰, la Corte se pronunció sobre una demanda instaurada por una pensionada del Fondo que exigía la inclusión de su padre de 92 años como beneficiario, luego de que la EPS se

¹⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

hubiera negado a afiliarlo y en las sentencias T-015 de 2006²¹ y T- 267 de 2006²², analizó el caso de varias personas pertenecientes a la tercera edad, que fueron excluidas como beneficiarias en salud de sus hijos docentes, por estar éstos casados o ser solteros con hijos, de acuerdo a las recientes disposiciones trazadas por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

4.4. En los casos bajo estudio por parte de esta Sala de Revisión, los actores pretenden ser nuevamente incluidos como beneficiarios del sistema de salud a cargo del Fondo, en las mismas condiciones en que se encontraban meses atrás, antes de la decisión del Consejo Directivo del Fondo de modificar la cobertura de beneficiarios, que terminó por excluirlos.

Resulta claro que para este tipo de conflictos proceden otros mecanismos de defensa judicial como lo afirman en sus fallos algunos de los jueces de instancia, pues se están controvirtiendo los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que son actos de carácter general, impersonal y abstracto, con repercusiones en materia contractual. No obstante, la Sala considera que en esta ocasión debe estudiarse la procedencia de la acción desde una perspectiva de admisibilidad amplia y favorable, pues se evidencia que los accionantes se encuentran ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues todos pertenecen a la tercera edad²³, siendo sujetos de especial protección constitucional por sus condiciones de debilidad manifiesta²⁴. Igualmente, los actores padecen graves afecciones de salud que requieren de permanente control y tratamiento²⁵, y no se encuentran afiliados a ningún plan de atención dentro del sistema de seguridad social. Además, afirman que dependen económicamente de sus hijos docentes, por cuanto no

²¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ Elvia Giraldo de Benítez (T-1322556) de 71 años de edad, María Julia Cruz de Durán (T-1324968) de 79 años, Luis Alberto Torres Cruz (T-1324978) de 93 años; Nelly Elvira Benítez de Corena (T-1218448) de 76 años y la señora Isaura León de Martínez de 88 años, quien instaura la acción directamente.

²⁴ En sentencia T-892 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, esta Corporación afirmó: “(...) *el amparo por vía de tutela es procedente cuando el titular del mismo es una de las personas que, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón a su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la **tercera edad**, entre otros. // La Corte Constitucional también ha reconocido que quienes **pertenecen a la tercera edad**, gozan de un derecho de trato o protección especial, el cual conlleva, entre otras posibilidades, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna*”. Ver también entre otras, las sentencias, T-801 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., T-252 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-090 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ Elvia Giraldo de Benítez padece de Gastritis crónica, del corazón y de *trigüicerios*; María Julia Cruz de Durán padece de artritis degenerativa crónica, arritmia cardiaca, problemas de tiroides, esofagitis, gastritis crónica, cataratas y osteoporosis; Luis Alberto Torres Cruz, padece de *candidiasis*; Nelly Elvira Benítez de Corena, es asmática y padece de hiperactividad bronquial y en el caso de Isaura León de Martínez, que se encuentra afectada de hipertensión.

cuentan con ingresos propios ni están pensionados. Es de anotar que estas afirmaciones no fueron controvertidas por las entidades accionadas.

No sobra aclarar, que la acción de tutela procede de forma excepcional frente a actos generales, impersonales y abstractos²⁶, cuando de su aplicación surja la afectación en concreto de los derechos fundamentales de sujetos en particular, tal como se sostuvo en la Sentencia T-1098 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis²⁷, según la cual:

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

(...)

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

En efecto, la Corte ha admitido en su jurisprudencia la posibilidad de que el juez de tutela ordene la inaplicación de normas de rango legal y

²⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 6º, numeral 5º del Decreto 2591 de 1991, el control constitucional que se ejerce a través de la acción de tutela no procede contra los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, sino frente a la materialización en un caso particular de la vulneración de los mandatos constitucionales que sus preceptos puedan producir; toda vez que, como lo ha señalado la Corporación en sentencia T-450 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: *“en principio, la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos únicamente puede desvirtuarse mediante la nulidad declarada por la correspondiente jurisdicción. No obstante, ellos pueden inaplicarse en el caso concreto si son incompatibles con la Constitución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4º de ésta”*.

²⁷ En esta sentencia la Corte se pronunció sobre una convocatoria pública del INPEC, mediante la cual se invitaba a participar a quienes hubieren prestado su servicio militar en la institución, en el proceso de selección para proveer los 200 cupos disponibles para el curso de complementación No. 11 de 2003 para dragoniantes. En el numeral 20 de los denominados requisitos para la inscripción se estableció el de: *“Tener una estatura mínima de 1.65 mtrs.”*.

de los actos administrativos de carácter particular expedidos con fundamento en aquéllas²⁸, cuando verifique que por su empleo se ocasiona la vulneración de derechos fundamentales en un caso particular. Bajo esta lógica, nada impide, entonces, que también respecto de actos administrativos de carácter general se actúe en consecuencia, esto es, ordenando su inaplicación cuando se advierta que son la causa inmediata de la vulneración de derechos fundamentales en un caso específico” (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la Sala concluye que en los casos sometidos a revisión, no obstante contar los accionantes con otro mecanismo judicial para reclamar los derechos fundamentales que consideran vulnerados, sus condiciones específicas de vida hacen temer que se configure un perjuicio irremediable si no se adopta una decisión pronta sobre sus demandas. De esta manera, desde la perspectiva de admisibilidad amplia propia de este tipo de casos, se aprecia que el perjuicio irremediable que se pretende prevenir con las acciones de tutela de la referencia es: (a) cierto e inminente - puesto que se ha acreditado que los actores no están afiliados a ningún sistema de seguridad social en salud; (b) grave - dado que su salud se encuentra comprometida; y (c) de urgente atención - por cuanto, dadas sus condiciones personales, exigirles que adelanten los procesos judiciales ordinarios equivale a desproteger por completo su salud y bienestar durante un largo período, lo cual contraría claras disposiciones constitucionales sobre la especial protección que se debe dispensar a este grupo de población.

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

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

5.1. La Ley 100 de 1993, en su artículo 279 consagra una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales que rigen el sistema general en salud. Así, dentro de los regímenes especiales se encuentran: los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, **los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, los trabajadores de las empresas en

²⁸ Ver Sentencia C-397 de 1997, entre otras. Así ocurre, también, en las múltiples sentencias expedidas por esta Corporación en las que se ordena inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud –POS- para permitir el acceso a ciertos medicamentos o procedimientos a personas que por sus circunstancias particulares ven vulnerados sus derechos fundamentales de tenerse que someter a dichas reglas.

concordato preventivo y obligatorio que hayan pactado sistemas especiales de protección de las pensiones mientras dure el proceso concursal, y los trabajadores de Ecopetrol, quien en consecuencia se rigen por normas especiales. Sobre el particular ha dicho la Corte: “[t]ales regímenes consagran derechos adquiridos por los mencionados sectores laborales, gracias a reivindicaciones colectivas que fueron defendidas por sus voceros ante el Congreso de la República, justamente, para que no fueran desconocidas por el sistema general de pensiones y salud”²⁹.

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran sujetos a regulaciones especiales, esta Corporación tuvo oportunidad de analizar el punto de si resultaba arbitrario exceptuarlos de los derechos y obligaciones de la Ley 100 de 1993, concluyendo que tal excepción persigue inicialmente un objetivo legítimo, ya que procura la protección de sus derechos adquiridos y el cubrimiento integral de su seguridad social.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989³⁰, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos, por disposición de la ley, son manejados en la actualidad por la Fiduciaria “La Previsora” S.A., por virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado para el efecto con el Ministerio de Educación Nacional.

²⁹ Sentencia T-348 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

³⁰ Las siguientes normas de la Ley establecen lo relativo a su creación, administración de recursos, objetivos, funciones y máximo órgano de dirección:

- El artículo 3° 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 5° 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 7° 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.*”

Ahora bien, por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo³¹.

Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - por disposición expresa del artículo 1° del Decreto 3752 de 2003³² -, deben afiliarse todos los docentes del servicio público educativo que se encuentren vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales.

Así entonces, de acuerdo con las atribuciones del Fondo del Magisterio, es a este Fondo a través de su Consejo Directivo a quien le corresponde tomar las decisiones y fijar las políticas encaminadas a que sus afiliados gocen de protección en seguridad social en salud.

5.2. Del contenido normativo anotado, se concluye que no existe una regulación especial que permita definir con exactitud cuales son los servicios mínimos a los que tienen derecho los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para garantizar la prestación de los servicios médicos y de asistencia. Lo mismo ocurre en el caso de sus beneficiarios, pues, en la medida en que los titulares no tienen establecido el ámbito en el que operan los servicios de asistencia, tampoco respecto de aquellos existe mandatos de los cuales se pueda deducir quiénes ostentan ese carácter, los requisitos mínimos de acceso al servicio o el régimen de excepciones al que están sometidos.

Estas falencias legales y reglamentarias ya habían sido detectadas por la Corte, al punto de que en la sentencia T-348 de 1997 se exhortó al Congreso para que reglamentara directamente sobre la materia³³. En lo pertinente se dijo al respecto:

³¹ Mediante el decreto 2831 de 2005, “*Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° 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.*”

³² Por el cual se reglamentan los artículos 81 de la Ley 812 de 2003 (Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006); 18 parcial de la Ley 715 de 2001(Orgánica sobre distribución de recursos y competencias en especial en salud y educación, la cual derogó la ley 60 de 1993); y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

³³ Sentencia T-348 de 1997: “*Por estos motivos, la Sala exhorta al legislador y a los docentes al servicio del Estado, así como a los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, de consuno, reflexionen sobre los elementos planteados en esta providencia y promuevan las acciones conducentes a la definición legal de un régimen de salud que consulte los principios,*

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

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

“En este sentido, el numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³⁴, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)³⁵.

“(…)

“Lo anterior determina que no exista homogeneidad nacional en punto a los servicios de salud y a la atención a beneficiarios, toda vez que éstas dependen de las particularidades del proceso de oferta y contratación a nivel de cada departamento, proceso en el cual deben respetarse derechos adquiridos por los docentes mediante reivindicaciones de carácter regional. De igual forma, los costos de los servicios médicos a nivel departamental varían, situación que ha

valores y derechos consagrados en la Constitución Política, aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia a algún privilegio gremial”.

³⁴ Ley 91 de 1989, artículo 3°.

³⁵ El respectivo Comité Regional escoge la empresa que recomendará para que preste estos servicios en su departamento de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 11 del Decreto 855 de 1994, en donde se señala que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud deberán obtener, previamente, por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y que se encuentren registradas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud. Acto seguido, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio toma la decisión final e imparte a la fiduciaria las instrucciones consecuentes para que proceda a la contratación de la empresa escogida (Ley 81 de 1989, artículo 7-2; cláusulas 5-5 y 14 y 7-2 del contrato de fiducia mercantil Nación-La Previsora Ltda).

implicado, en muchos casos, que la parte del aporte que efectúa la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, destinado a servicios de salud resulte modificado según el costo de estos servicios en el departamento de que se trate. En otros casos, los mismos maestros han decidido, en forma voluntaria, adicionar puntos al monto de la cotización que les corresponde aportar al Fondo, con la finalidad de aumentar las coberturas de servicios o ampliar el número de personas incluidas en el régimen de beneficiarios.

“(…)

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

Recientemente esta Corporación volvió a señalar la omisión legal en las Sentencias T-015 de 2006 y T- 267 de 2006, así:

“La regulación jurídica del Fondo permite concluir que no existe una reglamentación legal precisa sobre los beneficiarios y los servicios mínimos a los que tienen derecho los afiliados al Fondo, puesto que su definición depende de los parámetros – cambiantes - que fije el Consejo Directivo del Fondo y de la situación de cada una de los departamentos del país. Ello explica que, por ejemplo, antes de la expedición de los nuevos acuerdos por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya rigiera en los departamentos de Antioquia y Santander la prohibición de inscribir como beneficiarios a los padres de los docentes afiliados, cuando éstos tenían ya registrados como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos³⁶”.

³⁶ Precisamente, la Corte se pronunció sobre demandas de tutela elevadas por docentes de esos departamentos, a cuyos padres se les retiró la calidad de beneficiarios, en las sentencias T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De lo anteriormente expuesto, se llegó a la conclusión de que son diversos los factores que han provocado la variación de los servicios y de los beneficiarios. Por una parte, (i) los costos de los servicios médicos en cuanto no coinciden en todas las regiones, lo que implica que el aporte efectuado por la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resulte modificado según el costo de los servicios en el respectivo departamento; y por la otra, (ii) la decisión voluntaria de los maestros de ciertos departamentos de aumentar el valor de las cotizaciones al Fondo, con el único fin de ampliar la cobertura del servicio en relación con las prestaciones mínimas. Así entonces, es claro que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales lo determinaba a nivel departamental, el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien correspondía la atención de los usuarios.

5.3. Ante esta situación, el Consejo Directivo del Fondo expidió los acuerdos No.4 y No.13 de 2004, disposiciones normativas con las cuales se pretendió unificar las políticas de prestación de servicios médico asistenciales para los afiliados y sus beneficiarios y en los que se determinó la exclusión que constituye el origen del conflicto cuyo análisis ocupa la atención de esta Sala de Revisión.

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo N° 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", se optó por la unificación a nivel nacional de la cobertura de beneficiarios, aprobando para ello un nuevo modelo de prestación de servicios, así:

"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 N° 013 de diciembre 30 de 2004, el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio aprobó los Términos de Referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005³⁷, 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.” (subrayas no originales)

Sin embargo, del texto del Acuerdo N° 04 de 2004 no se concluye que los padres de los educadores casados y con hijos hayan perdido la calidad de beneficiarios. La exclusión se presentó en el acto aprobatorio de los términos de referencia de la invitación a contratar, realizado mediante el Acuerdo N°

³⁷ En los Términos de Referencia correspondientes a la Invitación Pública N° 143 de 2005, se consagró en el Capítulo 9° las condiciones y especificaciones técnicas para la prestación de los servicios de salud y se definió en el numeral 9.1. los beneficiarios del Plan de Atención para Afiliados y Beneficiarios, de conformidad con los términos fijados en el Acuerdo 13 de 2004, expedido por el Consejo Directivo del Fondo.

013 de 2004, que impide a la Fiduciaria La Previsora y finalmente a las IPS contratadas, prestar los servicios médico asistenciales a los padres de los educadores casados o solteros con hijos.

6. De los principios de progresividad y continuidad del servicio de salud, aplicables al régimen especial de los docentes.

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

6.1. En cuanto al principio de progresividad, la Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que a pesar de que los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado³⁸, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de *progresividad* no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos³⁹. Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud, en tanto que le asiste la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho y además el compromiso de garantizar a todas las personas unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho.

La jurisprudencia de esta Corporación⁴⁰, ha sostenido de manera reiterada que la *progresividad* hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del

³⁸ Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8.

³⁹ Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “*Principios de Limburgo*”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

⁴⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos.

Tal mandato implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, pues se presumiría que la decisión es en principio inconstitucional, y por ello esta Corporación ha asumido en el control constitucional una posición estricta al respecto⁴¹. Para que pueda ser ajustado a la Carta Política, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

Precisamente, con base en esos criterios, esta Corte en sentencia C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social. Afirmó esta Corporación lo siguiente:

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

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

⁴¹ Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por ella.

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

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

Se puede afirmar sin embargo, que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica necesariamente un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población. Sin embargo, y sin la intención de desarrollar una doctrina sistemática sobre la noción de retroceso en la realización de los

derechos sociales, es evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud.

6.2. De otra parte, el principio de *continuidad* en la prestación de los servicios de salud, que hace parte de otro principio más amplio en materia de prestación de servicios públicos, como es el de *eficiencia*, supone la no interrupción de aquellos sin que medie una causa legal justificable constitucionalmente. La continuidad en la prestación de servicios públicos, y en especial el de salud, garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten las garantías fundamentales de los usuarios.

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

En la sentencia SU-562 de 1999, la Corte se pronunció sobre el principio de continuidad en la prestación del servicio de atención en salud, dándole una importante relevancia constitucional. En los siguientes términos señaló:

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

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

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”⁴². Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe

⁴² Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”⁴³. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.⁴⁴ Jean Rivero⁴⁵ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

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

Así entonces, la Corte ha señalado en repetidas oportunidades⁴⁶, que quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. La obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, es garantizar su continuidad.

En la sentencia T-935 de 2002⁴⁷ entre otras, esta Corporación, precisó que si bien es cierto las exigencias de tipo económico y administrativo para la prestación del servicio de salud tienen un fundamento constitucional, en la medida en que a través de ellas se garantiza su eficiente prestación, “*éstas llegan hasta donde el derecho fundamental a la vida de los pacientes no se ve seriamente comprometido*”. Por tal razón, en esa decisión esta Corporación concluyó que la suspensión de un servicio de salud, aún cuando ésta tenga origen en una disposición legal “*resulta desproporcionada e injusta, y más, como se indicó, cuando estaba involucrada la vida de un menor*”⁴⁸.

Por su parte, en las sentencias T-170 de 2002 y C-800 de 2003, entre otras, la Corte señaló las subreglas para establecer si los motivos usados por una EPS

⁴³ Ib. p. 66

⁴⁴ Ib. p. 67

⁴⁵ Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

⁴⁶ Ver entre otras las Sentencias T-109 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-627 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis..

⁴⁷ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁸ Respecto a la continuidad en los servicios de salud, pueden consultarse las sentencias T- 624 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-1421 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras.

para interrumpir la prestación de un servicio de salud son constitucionalmente aceptables. Al respecto indicó que no pueden suspenderse los tratamientos o medicamentos que han sido prescritos a una persona, en los eventos en que i) la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos⁴⁹, ii) la persona perdió la calidad de beneficiario por cualquiera de las hipótesis establecidas en la ley⁵⁰, iii) porque la persona no reunía los requisitos para estar inscrita en el sistema, pero a pesar de ello fue afiliada⁵¹, iv) porque los médicos tratantes ordenan un medicamento que no había sido suministrado con anterioridad, pero que hace parte de un tratamiento que se le adelanta al paciente⁵², v) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, por haber sido desvinculado de su trabajo⁵³, o vi) porque el afiliado se trasladó a otra EPS y su patrono aún no ha comenzado a realizar los aportes⁵⁴.

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

A continuación la Sala entra a determinar si en los asuntos sometidos a revisión, la decisión del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de excluir a los padres de los docentes casados o solteros con hijos, vulnera en concreto sus derechos fundamentales.

7. Casos concretos.

En los casos objeto de revisión, los actores, padres de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, inscritos en calidad de beneficiarios, dependientes económicamente de sus hijos, que no reciben pensión, pertenecientes a la tercera edad, con delicadas afecciones en su salud y que de tiempo atrás han venido recibiendo los servicios de salud, consideran que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales ante la decisión de privarlos de la prestación de los servicios de salud que recibían, al

⁴⁹ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: T-406 de 1993, T-057, T-669 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-154 A de 1995, T-158 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-072 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, T-360 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁰ Sentencia T-396 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Sentencia T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵² Sentencia T-636 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Sentencia T-281 de 1996, M.P. Julio César Ortíz Gutiérrez.

⁵⁴ Sentencia T-1029 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

quedar excluidos de la cobertura de beneficiarios por no reunir las exigencias de los Acuerdos N° 4 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo de dicho Fondo, esto es, que sus hijos cotizantes fueran solteros y sin hijos.

7.1. Conforme a las pruebas que obran en los diferentes expedientes, sobre lo cual nada se controversió por parte de las entidades accionadas, se tiene lo siguiente:

- En el expediente T-1322556, la docente Marlene Benítez Giraldo indica que su madre Elvia Giraldo de Benítez de 71 años de edad, es beneficiaria en salud desde el año 1999, padece del corazón, gastroenteritis crónica y *trigüicerios* y presenta necesidad del suministro de varios medicamentos. Agrega que también tiene registrada como beneficiaria a su pequeña hija.

- En el expediente T-1324968, el docente Carlos Julio Durán Cruz, informa que su progenitora María Julia Cruz de Durán de 79 años de edad, es beneficiaria en salud desde hace más de 8 años, tiene pendiente una cirugía de cataratas en el ojo derecho que reviste urgencia en razón a que perdió la visión del otro ojo por una reciente cirugía que se complicó. Agrega que padece enfermedades que requieren atención permanente como la artritis degenerativa crónica, arritmia cardíaca, problemas de tiroides, esofagitis, gastritis crónica y osteoporosis. Allega con la demanda declaraciones juramentadas (fls. 36 y 40) en las que consta que no tiene hijos y convive con la señora Miryam Sofia Reina Cruz, quien voluntariamente se retiró del Fondo, razón por la que sostiene que en la actualidad no tiene beneficiarios inscritos.

- De los documentos allegados al expediente T-1324978, se concluye que el señor Luis Alberto Torres Cruz de 93 años de edad, padre de la docente Ana Cecilia Torres Betancourt, es beneficiario en salud desde el año 1997, padece de *candidiasis*.

- En el expediente T-1324979 la docente Martha Corena de Benítez, informa que su madre Nelly Elvira Benítez de Corena de 76 años de edad, beneficiaria en salud desde el año 2003, padece una patología asmática y sufre de hiperactividad bronquial;

- En el expediente T-1324996 la accionante señora Isaura León de Martínez de 88 años de edad, madre de la docente María Orfilia Martínez de Rodríguez, informa que es beneficiaria en salud desde el año 2002, padece de hipertensión arterial y requiere tratamiento y medicamentos;

- El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de los Acuerdos N° 4 y 13 de 2004, al modificar y regular

lo relativo a los servicios médico - asistenciales a su cargo y el nuevo modelo de contratación de las IPS por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A., según los términos de referencia No.143 de 2005, excluyó de la cobertura de beneficiarios a los padres de los educadores casados o solteros con hijos, a pesar de la dependencia económica de los progenitores frente a estos.

- Por su parte, las entidades accionadas argumentan que el nuevo modelo de contratación de los servicios médicos del Fondo fijado por su Consejo Directivo a través de los acuerdos 4 y 13 de 2004, no fue caprichoso, sino que fue creado con el fin de preservar la estabilidad económica del Fondo, la cual no permite extender la prestación del servicio a otros miembros de la familia.

- Los jueces de instancia negaron el amparo solicitado tras considerar que las entidades accionadas no vulneraron derechos fundamentales de los actores, en tanto que la decisión de desvincular a ciertos beneficiarios del sistema especial de salud del Magisterio, se efectuó en cumplimiento de ordenes expresas del Consejo Directivo del Fondo, las cuales por tratarse de actos de carácter general impersonal y abstracto, pueden ser cuestionadas ante la jurisdicción competente y no mediante la acción de tutela.

- Tanto las entidades accionadas como los jueces de instancia, concluyen sus consideraciones afirmando que los accionantes pueden ser afiliados de manera independiente o a través de un miembro de la familia, a una E.P.S. del Sistema General de Seguridad Social en Salud previsto en la Ley 100 de 1993, con el fin de no quedarse desamparados en materia de salud.

7.2. Sea lo primero señalar que de lo anteriormente expuesto se evidencia que los accionantes son personas de la tercera edad, con graves afecciones de salud, quienes dependen económicamente de sus hijos docentes, circunstancias estas que ponen de manifiesto su situación de inferioridad y mayor vulnerabilidad y por tanto los hace sujetos de especial protección constitucional, particularmente en lo relativo a la preservación de su vida en condiciones dignas y justas, a su salud y a su seguridad social, para quienes el Estado, de conformidad con el artículo 46 de la Carta, se encuentra comprometido a garantizar a los ancianos la protección de tales derechos⁵⁵.

7.3. También encuentra esta Sala que los Acuerdos 4 y 13 de 2004, proferidos por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

⁵⁵ Sentencia T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz: *“Ahora, tanto la Constitución Política en su artículo 46 como la jurisprudencia constitucional han reconocido que las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior”*.

Magisterio, a pesar de ser actos de carácter general, han ocasionado en concreto una agresión a los derechos fundamentales invocados por los accionantes, en tanto que fueron privados de una prerrogativa ya alcanzada dentro del régimen especial del magisterio, como lo era ostentar la calidad de beneficiarios de sus hijos docentes casados o con hijos, provocando en estas personas de la tercera edad, la suspensión de los servicios médico asistenciales que venían recibiendo en busca de la mejoría de sus graves afecciones de salud y sin la posibilidad legal de acceder a otro sistema de salud que garantice el cubrimiento de sus necesidades.

7.4. Si bien en principio podría pensarse que la desprotección en salud a que han sido sometidos los progenitores de los docentes, podría subsanarse con la afiliación, por cuenta de los hijos, al Sistema de Seguridad Social en Salud de la ley 100 de 1993, ya sea como cotizantes independientes o como beneficiarios de algún familiar, como lo sugieren las entidades accionadas y los jueces de tutela, la Sala considera poco razonable tal alternativa por lo siguiente:

La decisión del Fondo de retirarles la calidad de beneficiarios a los padres de los docentes, implica que ellos deben hacerse cargo de los gastos que origina la afiliación a una EPS, no solo por la dependencia económica que tienen para con ellos sino también por cuanto, esta puede ser una carga exigible a los hijos con respecto a sus padres, en desarrollo del principio de solidaridad contemplado en la Constitución Política (arts. 1, 2 y 95.2) y del deber concurrente del Estado, la sociedad y la familia de proteger y asistir a las personas de la tercera edad (C.P., art. 46)⁵⁶, máxime si se tiene en cuenta que esta carga no sería exorbitante, dado que ellos son docentes, con ingresos regulares, y en ninguna parte se ha demostrado que no estén en condiciones de asumir tales costos. Así entonces, en las condiciones actuales del sistema de salud en Colombia, y en razón de la prioridad que tienen los más pobres en un Estado Social de derecho, tratándose de cargas económicas exigibles a los familiares, el juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio a cargo del Estado cuando la familia primigeniamente obligada, se vea en imposibilidad de hacerlo en relación con sus miembros más cercanos.

⁵⁶ En distintas ocasiones la Corte ha resaltado que, sin perjuicio del deber constitucional que le corresponde al Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas, en principio, la familia está llamada en forma primigenia a prestarle a sus miembros más cercanos la atención y asistencia requerida, en desarrollo del principio de solidaridad. *"La sociedad colombiana (...) sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular 'la solidaridad comienza por casa', tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)"* (Sentencia T-533 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sin embargo, no en todos los casos, los padres de los docentes podrían ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud, puesto que tal posibilidad supone la existencia de otro familiar que esté en capacidad de efectuar la vinculación. Eso sucedería, por ejemplo, si estas personas tienen otro hijo que esté afiliado al sistema general de seguridad social, que no tenga hijos con derecho ni cónyuge, caso en el cual, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 prevé que la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado.

Tampoco tiene sentido pedirle a estos padres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliados como cotizantes independientes, cuando son sostenidos económicamente por sus hijos, puesto que con ello se estaría imponiendo a todos los involucrados en ese proceso de afiliación que representen un papel contraevidente, al no ajustarse a la realidad. Aunado a esto, si bien la afiliación podría hacerse exigible a través de mecanismos administrativos o judiciales dadas las especiales circunstancias que rodean a los comprometidos, lo cierto es que no es razonable exigirle a los accionantes que perteneciendo a la tercera edad y estando todos ellos muy enfermos, atraviesen por todos estos dispendiosos trámites para lograr que sus derechos a la salud y a una vida digna sean reconocidos.

7.5. Por otra parte, encuentra la Sala que las determinaciones del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio implican un retroceso en la garantía del derecho a la salud, pues los actores que tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, han quedado ahora excluidos del sistema y sin los servicios médico asistenciales que de tiempo atrás se les brindaban⁵⁷.

Si bien la determinación del Consejo Directivo de retirar la calidad de beneficiarios a los padres de los educadores casados y con hijos, sin consideración a la dependencia económica se fundamenta en la atribución que le confirió la ley para establecer todo lo relacionado con los servicios de salud de los docentes afiliados al Fondo, esto no significa obviamente que cualquier delimitación del grupo de beneficiarios se ajuste a la Carta, pues si el Fondo del Magisterio excluye a ciertas personas afectando en concreto sus derechos fundamentales, como la salud y la seguridad social de los ahora accionantes, o el libre desarrollo de la personalidad de los docentes, la regulación no debería aplicarse por ser contraria a la Constitución.

⁵⁷ No debe olvidarse que la Corte se ha pronunciado en distintos fallos respecto de la obligación que tienen las Empresas Promotoras de Salud –EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud –IPS-, de culminar los tratamientos iniciados bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, independientemente de cuál sea la causa que motiva la terminación de dicha relación, en razón al principio de continuidad. Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-829/99, T-1029/00, T-1188/01, T-1093/02, T-270 de 2005, T-294 de 2005 y T-308 de 2005.

Por ello, esta Corporación ha retirado del ordenamiento normas que afectan por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad, como las que regulan la sustitución pensional por consagrar como condición resolutoria de dicha pensión que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias.⁵⁸ En esta ocasión podría pensarse, en gracia de discusión, que a futuro los docentes se verían persuadidos a permanecer solteros y no tener hijos para que sus padres pudieran permanecer como beneficiarios. En el mismo sentido, las decisiones del Fondo pasarían por alto la relación estrecha, de índole familiar, de los docentes con sus progenitores, llevando prácticamente a suponer que, por la función que cumplen, los maestros no tienen allegados ni responsabilidades con ellos, ni interés en que su salud esté cabalmente protegida.

7.6. De otra parte, debe recordarse que el legislador pretendió al establecer los regímenes de excepciones al régimen general de la Ley 100 de 1993: (i) que los derechos en salud contengan beneficios y condiciones superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la dicha ley y, a su vez, (ii) en ningún caso, consagre un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general.

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

“ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero

⁵⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-1050 de 2000, C-870 de 1999, C-314 de 1997, C-182 de 1997, C-588 de 1992.

o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste...” (subrayas no originales).

Sin embargo, en los decretos reglamentarios se estableció una regulación especial para los padres de los cotizantes que no podían ser incluidos dentro de los beneficiarios en los términos de la cobertura familiar dispuesta en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. De esta forma, el artículo 40 del decreto 806 de 1998⁵⁹, modificado por los decretos 1703 de 2002 y 2400 de 2002⁶⁰, creó la figura de los cotizantes dependientes, a quienes les otorgó el derecho a disfrutar de los mismos servicios establecidos para los beneficiarios. La mencionada disposición establece:

“Artículo 40. Otros miembros dependientes. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

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

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

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

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

⁵⁹ “Por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social”.

⁶⁰ “Por el cual se modifica el Decreto 1703 de 2002 que adoptó medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

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

Así pues, al equiparar el Sistema General de Seguridad Social en Salud con el régimen especial del Magisterio⁶¹ se evidencia que el primero tiene más cobertura que el segundo en lo relacionado a la posibilidad de los docentes para afiliar a sus padres como beneficiarios, cuando éstos dependen económicamente de aquéllos y los educadores tengan también como beneficiarios a su cónyuge o a sus propios hijos. Se advierte entonces que el régimen de seguridad social del Magisterio presenta un vacío en este punto⁶², que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres (C.P., arts. 1, 2 y 95.2). Este vacío desconoce la norma constitucional que obliga al Estado y a la sociedad a garantizar la protección integral de la familia (C.P., art. 42) y que obliga al Estado, la sociedad y la familia a concurrir *"para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad"* (C.P., art. 46).

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

⁶¹ El Acuerdo N° 13 de 2004 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que aprobó los términos de referencia de la invitación pública N° 143 de 2005, para contratar las entidades prestadoras del servicio de salud del magisterio, determinó que eran beneficiarios, entre otros, *"los padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este"*, sin dar la posibilidad de afiliar como beneficiario adicional a los padres de los docentes casados o solteros con hijos.

⁶² Es importante anotar que otros casos sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que han sido tratados en sentencias de esta Corporación evidencian carencias similares. Así, la sentencia T-864 de 1999 versó sobre las demandas de distintos educadores del Tolima, cuyos hijos menores de 12 años habían perdido su calidad de beneficiarios en virtud de las nuevas disposiciones contractuales. Igualmente, en la sentencia T-845 de 2003 la Corte se ocupó con la demanda presentada por una educadora, a cuya hermana, que padecía el Síndrome de Down, le habían sido retirados los servicios médico-asistenciales. De la misma manera, las sentencias T-348 de 1997 y T-1038 de 2001 versaron sobre las demandas presentadas por docentes, por cuanto sus hijos, mayores de edad y discapacitados, habían perdido la calidad de beneficiarios de los servicios del Fondo.

podrían continuar siendo beneficiarios, con la consecuente interrupción en la prestación de los servicios médico asistenciales.

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

En consecuencia, a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la seguridad social de los actores, esta Sala de Revisión, en virtud de la prevalencia y primacía del valor normativo superior de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho⁶³, y en aras de permitir el goce efectivo de las garantías constitucionales, decidirá aplicar directamente los artículos 13, 46, 48 y 49 de la Carta Política, luego de encontrar censurables los apartes de los Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atrás analizados.

Además, con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud, se ordenará que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Fondo vuelva a prestar a los accionantes la atención médica que requieren. Esta atención se prestará de la misma forma que se brindaba en el pasado. Las condiciones solamente podrán variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regule la figura de los cotizantes dependientes, tal como le fue ordenado en la Sentencia T-015 de 2006⁶⁴, a la que se remite esta Sala de Revisión.

Por todo lo anterior, se revocarán las decisiones de instancia revisadas y en su lugar se concederá la protección impetrada. En el expediente T-1322556 se confirmará parcialmente el fallo proferido el 16 de noviembre de 2005 por el

⁶³ Constitución Política, Art. 4°. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

⁶⁴ Sentencia T-015 de 2006: “Por lo tanto, se ordenará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro del término de un mes a partir de la notificación de esta sentencia, regule, a nivel nacional, la prestación del servicio de salud del Magisterio a los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos. Igualmente, se exhortará al Consejo Directivo para que examine la posibilidad de extender la figura de los cotizantes independientes a los demás familiares próximos de los docentes afiliados al Fondo”.

Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, conforme a las consideraciones aquí expuestas y únicamente en cuanto se otorgó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela iniciada por Marlene Benítez Giraldo en representación de su madre Elvia Giraldo de Benítez.

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

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido, el 17 de febrero de 2006, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso T-1322556 y los fallos dictados el 27, 18, 23 y 16 de enero de 2006, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en los procesos T-1324968, T-1324978, T-1324979 y T-1324996, respectivamente, en los cuales se negó la protección solicitada por Elvia Giraldo de Benítez, María Julia Cruz de Durán, Luis Alberto Torres Cruz, Nelly Elvira Corena de Benítez e Isaura León de Martínez, respectivamente. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos de los actores a la dignidad, a la salud y a la seguridad social, estos últimos en conexidad con su derecho a la vida.

Segundo.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de primera instancia proferido el 16 de noviembre de 2005 por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, conforme a las consideraciones expuestas en la presente providencia y únicamente en cuanto se otorgó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela iniciada por Marlene Benítez Giraldo en representación de su madre Elvia Giraldo de Benítez.

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

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

Quinto.- Líbrese por la Secretaría General 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.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada Ponente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General