COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/418/07

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/418/07
Expediente	T-1197713
Fecha	2006-06-22
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Dr ALVARO TAFUR GALVIS
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho A La Seguridad Social En Salud
- Seguridad Social
- Libertad De Configuracion Legislativa En Materia De Seguridad Social
- Derecho A La Seguridad Social
- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
- Sistema De Seguridad Social En Salud

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Padres como beneficiarios directos de los servicios de salud es en cuanto al deber de solidaridad de los hijos docentes para con sus padres los docentes afiliados que no gozan de pensión y dependen económicamente de sus

Texto completo

T-418-07 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-418/07 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Fundamental por conexidad DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -Alcance SEGURIDAD SOCIAL -Concepto y alcance LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL -Alcance DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Carácter progresivo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Régimen especial de seguridad social de los docentes FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Naturaleza jurídica FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Funciones de Consejo Directivo SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -Régimen mínimo de beneficiarios en fondo de prestaciones del magisterio FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -No incluir a padres como beneficiarios directos de los servicios de salud es inconstitucional REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA EL MAGISTERIO- Vacío legal en cuanto al deber de solidaridad de los hijos docentes para con sus padres 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 SERVICIO PUBLICO DE SALUD DEL MAGISTERIO -Regulación es competencia del Congreso de la República y no del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Referencia: expedientes T-1302640 y T-1316431 Acciones de tutela instauradas separadamente por Adiela Restrepo López y Dolores Itza Guevara contra el Fondo de Prestaciones Sociales

del Magisterio y otras Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo del año dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente SENTENCIA en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Jueces Doce Civil del Circuito de Cali y Primero Civil del Circuito de Magangué y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cartagena, dentro de las acciones de tutela instauradas por Adiela Restrepo López y Dolores Itza Guevara directamente y como agentes oficiosas de las señoras Ana Sofía López de Restrepo y Francisca Guevara de Itza, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A., COSMITET MEDINORTE LTDA y la Unión Temporal del Norte.

I. ANTECEDENTES Las accionantes invocan la protección de sus derechos fundamentales y los de sus progenitoras a la vida en condiciones dignas, a la salud y la seguridad social, porque las entidades accionadas, en razón de las nuevas condiciones de ingreso y exclusión establecidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, excluyeron a las señores López de Restrepo y Guevara de Itza de la prestación del servicio de salud, sin perjuicio de sus graves dolencias.

1. Hechos 1.1 Acción de tutela instaurada por Adiela Restrepo López contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y COSMITET MEDINORTE LTDA -T-1.302.640- La señora Adiela Restrepo López instaura acción de tutela, porque la sociedad COSMITET MEDINORTE LTDA, contratada para prestar el servicio de salud a los docentes y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a sus familias, decidió suspenderle la atención médica que recibía su progenitora, sin perjuicio de su grave estado de salud.

La demandante afirma que se encuentra vinculada al Fondo accionado y recibe atención en salud, al igual que su hija de un año de edad. Relata que el 30 de junio de 2005 COSMITET MEDINORTE LTDA le comunicó a su madre que sería retirada del servicio, porque para que ella pudiese beneficiarse del servicio médico asistencial, contratado con el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la Fiduciaria La Previsora S.A., la actora tenía que permanecer soltera y no procrear hijos.

Afirma que de ella dependen económicamente tanto su hija, como su madre. Esta última en razón de que tiene 74 años de edad, “es una persona que está sola (..) además padece de ULCERA GASTRICA Y MASA ABDOMINAL siendo estas unas enfermedades graves que requieren de medicamentos de control (...) por lo avanzado de su edad y sus enfermedades afiliarla en otra entidad se torna muy difícil y muy costoso”.

En consecuencia, solicita al juez constitucional que ordene a COSMITET MEDINORTE LTDA continuar prestándole a su madre la asistencia que demanda su estado de salud, en calidad de beneficiaria suya.

1.2 Acción de tutela instaurada por Dolores Itza Guevara contra la Fiduciaria La Previsora y la Unión Temporal del Norte -T-1316431- La señora Dolores Rosa Itza Guevara instaura acción de tutela porque la Unión Temporal del Norte se niega a continuar prestándole atención médica a su madre, sin perjuicio del cáncer de mama que ésta padece, fundada en los términos de referencia que rigen actualmente la prestación del servicio de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirma la accionante que desde su ingreso al Magisterio, en el año 1994 y hasta el año 2005, a su madre le fueron prestados los servicios de salud, como beneficiaria suya con un cubrimiento del 50%.

Asegura que a su madre le fue diagnosticado “ cáncer de mama y arritmia cardíaca, en el año 2004 y que, en consecuencia le fueron practicados los procedimientos ordenados por su médico tratante, incluyendo la “MASTECTOMIA RADICAL”;

prescrito una cápsula diaria de NOVADEX, “la cual evita la práctica de radio y quimioterapia sobre todo por su avanzada edad” y ordenadas evaluaciones periódicas, por parte del oncólogo clínico y el cirujano.

Aduce que la Fiduciaria La Previsora S.A. contrató con la Unión Temporal del Norte –Programa del Magisterio – la prestación del servicio de salud de los docentes, “ el cual una vez se hizo cargo de dicha prestación, excluyó a los padres de docentes casados o con hijos”.

La actora sostiene que se comunicó telefónicamente con el administrador de la Unión Temporal del Norte, tan pronto como conoció la exclusión de su madre, a efecto de que se reconsidere la decisión, sin obtener respuesta positiva.

Resalta que “ en ningún momento he tenido afiliadas a mis hijas ni a mi esposo, tal como lo pueden comprobar en los archivos o historias que se registran en el Magisterio ”.

Concluye diciendo que es hija única y que en consecuencia su madre, de 79 años de edad y afectada con una enfermedad catastrófica, depende de ella, circunstancia que le da derecho a exigir la atención médica necesaria, según lo previsto en la Ley 972 de 2005.

2. Intervención pasiva 2.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -T-1302640- El Coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Valle del Cauca interviene para poner presente que a esa entidad le corresponde prestar asistencia en salud a los docentes afiliados y a sus familias, razón por la cual, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., contrató con COSMITET MEDINORTE LTDA la prestación del servicio.

Agrega que de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato, los padres de los docentes afiliados se benefician del servicio, si dependen económicamente del educador y éste es soltero y sin hijos.

Para finalizar destaca que la señora Ana Sofía López de Restrepo no cumple con los condiciones para acceder al servicio de salud, en calidad de beneficiaria de su hija, porque la educadora Adiela Restrepo López está casada y tiene hijos.

Finalmente sostiene que la actora y su madre fueron informadas sobre la exclusión de la señora López de Restrepo, con el objeto de que tomaran las medidas necesarias para que la antes nombrada continuara con su tratamiento, de donde concluye que a la misma no se le ha causado ningún perjuicio.

2.2 Corporación de Servicios Médicos Internacionales THEM COSMITET LTDA -T-1.302.640- El asesor jurídico de COSMITET LTDA afirma que no le corresponde determinar quién ostenta la calidad de beneficiario del régimen de salud, sino prestar el servicio a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el Contrato suscrito para el efecto con la Fiduciaria La Previsora S.A.

Sostiene que de acuerdo con el Contrato a que se hace mención, la afiliación de los padres al servicio de salud procede siempre que el cotizante sea soltero, no tenga hijos y el padre depende económicamente de él, de conformidad con los términos de referencia aprobados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que los docentes conocieron oportunamente.

Afirma que la actora esta casada, tiene hijos y posee “ la suficiente capacidad económica para afiliar a la señora Ana a una E.P.S”. Para finalizar solicita vincular a la Fiduciaria La Previsora S.A. a la actuación, por ser esta entidad la llamada a asumir los costos de la prestación de servicios médicos de los docentes y de sus beneficiarios.

2.3 Unión Temporal del Norte -T-1316431- La Unión Temporal del Norte, por intermedio de apoderado, afirma que presta el servicio de salud a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el año 2005, de acuerdo con el Contrato suscrito con la Fiduciaria La Previsora S.A.

Por lo anterior, asegura que su representada no vulnera los derechos fundamentales de la señora Francisca Guevara de Itza, sino que acata la reglamentación que sobre el régimen de beneficiarios de la prestación en salud, emitió el Consejo

Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Pruebas En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos: 3.1 Fotocopia de las cédulas de ciudadanía expedidas a nombre de Adiela Restrepo López -29.927.017-, Ana Sofía López de Restrepo - 29.924.385-, Francisca Guevara de Itza -25.839.733- y Dolores Rosa Itza Guevara -33.194.449-.

3.2 Fotocopia de los carnés de afiliación al servicio de salud, expedidos por MEDINORTE a nombre de Adiela Restrepo López –cotizante- y Ana Sofía López de Restrepo –beneficiaria- y por el Centro Médico Clínica Vargas LTDA a nombre de Francisca Guevara de Itza - “padre que debe pagar Copago del 50% en todos los servicios solicitados”-, y de Dolores Rosa Itza Guevara –cotizante-.

3.3 Fotocopia de las Historias Clínicas elaboradas por los Hospitales San Nicolás de Versalles (Valle) y Regional de II y III Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal E.S.E., a nombre de la señoras Ana Sofía López de Restrepo y Francisca Guevara de Itza respectivamente.

Los reportes médicos indican, entre otros aspectos, que en el año 2002 a la señora López de Restrepo le fue diagnosticada “Poliquistosis Hepática y Úlcera ” y que en el año 2004 a la señora Guevara de Itsa le fue practicada “masectomía radical derecha” , por “(..) lesión maligna constituida por células neoplásicas con nucleolos prominentes (..)” .

3.4 Fotocopias de los Acuerdos Nos. 1 de 1996, 4 y 13 de 2004, expedidos por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio sobre la atención en salud de los educadores afiliados a la entidad, los pensionados y sus familias.

Consideró el Consejo Directivo en comento que al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio le corresponde garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales a los afiliados y a sus beneficiarios, para lo cual tiene que analizar las condiciones de contratación, impartir instrucciones al respecto y señalar las entidades con las cuales la Fiduciaria La Previsora S.A. puede contratar.

En armonía con lo expuesto, el Consejo Directivo del Fondo en mención i) mediante el Acuerdo No. 1 de 1996 resolvió prorrogar por dos meses los contratos, entonces vigentes, relacionados con la prestación de servicios médico asistenciales y realizar una invitación pública para recibir propuestas de contratación y ii) en los términos de los Acuerdos Nos. 4 y 13 de 2004 resolvió modificar “(..) el sistema de servicios médico asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ”, impartir instrucciones “ a la Fiduciaria la Previsora S.A para poder garantizar la prestación de servicios médico asistenciales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios ” y aprobar los términos de referencia que regiría la contratación.

Señala el Acuerdo No. 4 de 2004, entre otros aspectos, –se destaca- . “(..) ACUERDA ARTICULO 1°: Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforma a las siguientes características fundamentales :

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

a. Los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo. b. Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado.

c. Los nietos del docente hasta los 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado. (..) 5. LIBRE ELECCION El Consejo Directivo decidió que los docentes tendrán la libertad de elegir entre las diferentes entidades seleccionadas para cada región. En sesión posterior del Consejo Directivo se decidirán las condiciones

particulares de permanencia en cambio de prestador de servicios en caso de inconformidad por parte de los docentes con los servicios recibidos.

6. AMBITO REGIONAL El Consejo Directivo tomó la decisión que el modelo de contratación será regional y aprobó las 8 regiones propuestas por la Fiduciaria La Previsora, sin perjuicio de ir ajustando la propuesta de conformación en un futuro. Los contratistas deben garantizar la prestación del servicio en todos los municipios de la región correspondiente, por lo menos hasta el primer nivel. En ningún caso se podrán rechazar las solicitudes de afiliación ni utilizar cualquier método de selección adversa.

7. ESTRUCTURA FINANCIERA El Consejo Directivo aprueba la propuesta de la Fiduciaria La Previsora y de FECODE de mantener el sistema de UPGF. En cuanto al monto, el Consejo adopta la propuesta de la Fiduciaria de que la UPGF sea equivalente a la UPC del régimen contributivo más un 31,3% en el entendido de la nivelación de beneficios por lo alto con la garantía expresada por la Fiduciaria respecto de la viabilidad financiera de la propuesta y respetando el acuerdo para las regiones especiales.

Los aspectos puntuales, particulares y operativos para la implementación y desarrollo del nuevo modelo serán definidos por el Consejo Directivo en las próximas sesiones" El Acuerdo No. 13 de diciembre 30 de 2004 - "por medio del cual se imparten instrucciones a la Fiduciaria la Previsora S. A. para poder garantizar la prestación de servicios médico asistenciales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a sus beneficiarios y se aprueban unos términos de referencia"- , aprueba, en todas sus partes, el Acuerdo No. 04 del mismo año.

3.5 Fotocopia de la Invitación Pública No.143 de febrero de 2005, con sus adendas, "para la prestación de servicios médicos asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios" .

Señala el Capítulo Noveno –Condiciones y Especificaciones Técnicas para la Prestación de los Servicios- de la Invitación , respecto de la calidad de afiliados y beneficiarios –se destaca-:

"9.1 (...) Afiliados: Docentes activos y Docentes pensionados que cotizan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Beneficiarios: El grupo de beneficiarios de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podría estar conformado por- el grupo familiar descrito a continuación:

El cónyuge El compañero (a) permanente cuya unión sea superior a dos años, según lo establecido por las normas vigentes. Los hijos de los educadores hasta los 18 años de edad.

Los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente. Los hijos entre 19 y 25 años, siempre y cuando se demuestre dependencia total del educador afiliado y se acredite su condición de estudiante diurno (válida 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 . NOTA 1: En todos los casos los contratistas deben:

Incluir los hijos con enfermedades congénitas sin límite de edad y sin copagos , para las atenciones referidas con su patología congénita. Para los efectos del contrato resultante de este proceso se entenderá:

*Tiene 18 años hasta el día que cumple 19 años. *Tendrá cobertura hasta el día que cumple 25 años. Se entiende por Hijos: - Los nacidos dentro del matrimonio o Unión marital del hecho.

-Los de cada uno de los integrantes del matrimonio o unión marital de hecho.” 3.6 Fotocopia de los Contratos suscritos el 27 de junio y el 14 de julio de 2005, entre la Fiduciaria La Previsora S.A., en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la UNIÓN TEMPORAL DEL NORTE y la UNIÓN TEMPORAL DEL SUR OCCIDENTE, para la prestación del servicio médico asistencial a los docentes y pensionados que cotizan a dicho Fondo y sus beneficiarios, en los departamentos del Atlántico, Bolívar, Guajira, Magdalena y Sucre; Cauca, Nariño y Valle del Cauca respectivamente.

En relación con los afiliados y beneficiarios del servicio de salud, las partes convinieron: “1.11 POBLACION-USUARIOS: Está conformada por todas aquellas persona afiliadas al FNPSM y su grupo familiar y que de acuerdo con la Ley y los términos de referencia son:

Afiliados: Maestros activos y/o pensionados que tienen derecho a recibir los servicios médicos de salud contenidos en el plan de Salud para el Magisterio porque son cotizantes al FNPSM.

Beneficiarios: Persona (s) que forma(n) parte del grupo familiar del afiliado, definido en los términos de referencia, y que tiene(n) derecho a los servicios de salud en las condiciones y coberturas que se definen en los mismos.” 3.7 Escrito dirigido a la Secretaría General de esta Corte, el 10 de marzo de 2006, por la señora Viceministra de Educación Básica y Media -Presidenta del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-.

La funcionaria informa que durante los días 20 de febrero, 1°, 8 y 10 de marzo del año 2006, el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones del Magisterio celebró reuniones ordinarias en las cuales se discutieron las medidas a tomar para dar cumplimiento a la Sentencia T-015 de 2006, adoptada por la Sala Tercera de Revisión de esta Corte.

Precisa la señora Viceministra: “1. La Fiduciaria La Previsora S.A. tuvo que elaborar aproximaciones estadísticas y sobre ellas cálculos financieros que permitieran al Consejo Directivo determinar si el impacto que la orden emitida por la H. Corte tendría para el FNPSM.

2. Los estudios financieros y la definición de los criterios para incluir como cotizantes dependientes a los padres de los docentes afiliados al FNSPM, que dependen económicamente de sus hijos y no gocen de una pensión requieren la estructuración de procedimientos administrativos que permitan un adecuado acoplamiento con los actualmente existentes .

3. El impacto económico que para el Fondo puede implicar la inclusión de la población mencionada requiere de la mayor prudencia, diligencia responsabilidad e información con el objeto de evitar cargas desmesuradas para las ya desbalanceadas finanzas del FNPSM, teniendo en cuenta el reducido universo de la población objeto y la baja dispersión del riesgo.

4.Finalmente las fórmulas adoptadas a fin de adecuar el sistema de salud del magisterio a los requerimientos de la H. Corte Constitucional implicó proceso de discusión y concertación con la agremiación sindical mayoritaria de los docentes -FECODE- la que cuenta con dos representantes en el seno del Consejo Directivo.

Valga anotar, que frente a la decisión final adoptada mayoritariamente el representante sindical que asistió a las sesiones correspondientes se opuso al monto de la cotización definida y al período mínimo de permanencia. (...)” 3.8 Escrito dirigido por el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones – Fiduprevisora S.A. a esta Sala, para remitir, entre otros documentos, fotocopia del Acuerdo No. 03 del 10 de marzo de 2006 - “por la (sic) cual se incluye la modalidad de cotizantes dependientes en los servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento de la sentencia T-015 del veinticinco de enero de 2006 de la Corte Constitucional”.

Considero el Consejo Directivo del Fondo accionado: “1°) Que la Ley 91 de 1.989 estableció como uno de los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, garantizar la prestación de los servicios médico-

asistenciales a los docentes, los cuales contratará de acuerdo instrucciones que imparta el Consejo Directivo.

2°) Que el Consejo Directivo debe garantizar la equitativa distribución de los recursos que integran al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como velar por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.

3°) Que el Consejo Directivo del Fondo mediante el Acuerdo No. 04 de 2.004 y en atención a lo dispuesto en el parágrafo 10 del artículo 15 de la Ley 91 de 1.989 según el cual "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida", señaló:

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

a. Los hijos del afiliado entre 18 y 25 años que dependan económicamente del afiliado y que estudien con dedicación de tiempo completo. b. Los hijos del afiliado, sin límite de edad, cuando tengan una incapacidad permanente y dependan económicamente del afiliado.

c. Los nietos del docente hasta los primeros 30 días de nacido, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado". 4°) Que las condiciones financieras y contractuales del sistema de salud del magisterio con anterioridad a la expedición del Acuerdo No. 04 de 2.004, implicaban planes de atención y coberturas familiares disímiles en los diferentes departamentos del país. El Acuerdo No. 04, niveló las coberturas y planes de atención con el objeto de garantizar el cumplimiento de los principios de solidaridad e igualdad sobre los que se fundamenta el régimen excepcional del magisterio.

5°) Que mediante la orden judicial contenida en la Sentencia de Tutela 015 del veinticinco (25) de enero de 2.006, la Corte Constitucional impuso al Consejo Directivo la obligación de definir, "a nivel nacional, las condiciones a través de las cuales los padres de los afiliados al, Fondo, que no, gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos, podrán acceder al servicio de salud del magisterio, como cotizantes dependientes. El Consejo decidirá bajo qué condiciones se ofrecerá esta modalidad de afiliación, de acuerdo con los estudios financieros que realice y los demás criterios que considere pertinentes, y valorando debidamente los vínculos familiares".

6°) Que, la Corte Constitucional, en la parte considerativa de la citada sentencia, indicó que "la regulación de esta figura dentro del régimen de salud del magisterio permitirá a los docentes cumplir con su deber de solidaridad y pondrá la reglamentación del régimen sobre este punto en consonancia con las normas de la Constitución que consagran el deber de solidaridad y la protección de la familia y de las personas de la tercera edad". Igualmente indicó que el Consejo Directivo en la expedición de la reglamentación respectiva habrá de valorar los datos que arrojen los estudios financieros y demás criterios que considere pertinentes.

7°) Que en cumplimiento de la orden impartida, el Consejo Directivo solicitó a Fiduciaria La Previsora S.A., el estudio y elaboración de una estructura financiera que permitiera, sin afectar la estabilidad económica del Fondo, introducir dentro del modelo de servicios médico - asistenciales la figura de los cotizantes dependientes para los padres de docentes afiliados al Fondo que cumplieran con las características señaladas por la Alta Corporación.

8°) Que de conformidad con las conclusiones resultantes del estudio de la propuesta presentada por Fiduciaria La Previsora S.A., y de los diferentes miembros del Consejo Directivo".

En armonía con lo expuesto, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio acordó: "ARTICULO PRIMERO.- Dar cumplimiento a la orden impartida por la Corte Constitucional mediante sentencia T-015 del veinticinco (25) de enero de 2.006 incluyendo la modalidad de cotización dependiente en los servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ARTICULO SEGUNDO.- Podrán ser cotizantes dependientes los padres del afiliado casado, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: 1. Se encuentre plenamente acreditado que el padre del afiliado no cuenta con una pensión y depende económicamente de él.

2. El afiliado deberá autorizar el descuento por nómina, ante la respectiva Secretaria de Educación, de una cotización equivalente a la U.P.C., del Sistema General definida anualmente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el grupo etáreo, incrementada en 31.3%.

3. En los casos en que el cotizante dependiente se encuentre en las zonas especiales definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el valor adicional será asumido por parte del Fondo.

4. Junto con la autorización de descuento, el afiliado garantizará una permanencia mínima de un año y medio (1/2) de su dependiente en el sistema de salud del Magisterio, por lo cual la señalada autorización se extenderá, mínimo, por dicha vigencia.

ARTICULO TERCERO. Las personas que se afilien bajo la modalidad señalada en el presente Acuerdo tendrán derecho a acceder a los mismos servicios de salud que están previstos para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ARTICULO CUARTO.- Ordenar a la Fiduciaria La Previsora S.A., diseñar los formatos y demás requerimientos operativos necesarios, dentro del mes siguiente al presente Acuerdo.

ARTICULO QUINTO.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". 4. Decisiones judiciales objeto de revisión 4.1 Acción de tutela instaurada por Adiela Restrepo López contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y COSMITET LTDA –T-1.302.640- El Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, mediante providencia adoptada el 1° de febrero de 2006, deniega por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Adiela Restrepo López contra COSMITET LTDA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto la desafiliación de la madre de la actora se explica por el nacimiento y posterior afiliación de la hija de ésta al servicio de salud, de conformidad con previsiones legales que el juez constitucional no puede desconocer.

Considera el A quo que la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa, como en el presente caso, "pues este mecanismo de protección constitucional no es propicio para resolver situaciones de orden legal o jurídico, para ello se debe acudir a otros estrados judiciales." Finalmente el fallador de instancia considera que la accionante y su madre no afrontan un perjuicio irremediable y grave.

4.2 Acción de tutela instaurada por Dolores Itza Guevara en contra de la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unión Temporal del Norte –T-1316431- 4.2.1. Fallo de primera instancia El Juzgado Primero Civil del Circuito de Magangué, mediante providencia del 22 de septiembre de 2005, concede a la actora la protección impetrada, aduciendo que la Fiduciaria La Previsora S.A y la Unión Temporal del Norte se obligan de manera solidaria en la prestación del servicio de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a sus familias y deben ser conminadas a responder.

Considera, además, que las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden negar la atención médico-asistencial a las personas afectadas con enfermedades catastróficas, de conformidad con lo establecido en la Ley 972 de 2005.

Por consiguiente, dispone que la Unión Temporal del Norte preste a la señora Francisca Guevara de Itza la atención que requiere, en virtud del grave riesgo que comporta la enfermedad que padece.

4.2.2 Impugnación La Fiduciaria La Previsora S.A. impugna el fallo de primera instancia i) en consideración a que el régimen docente, dada su especialidad, no está sometido a las previsiones de la Ley 100 de 1993 y ii) habida cuenta que la prestación de los servicios médicos de los educadores se regula por los lineamientos que al respecto imparte el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, únicamente.

Aduce, finalmente, que "por filosofía del Estado, el servicio de salud contempla un cubrimiento universal y para ese propósito se diseñaron políticas de amplia cobertura, quedando a cargo del Estado aquellas personas que no estén afiliadas al sistema de seguridad social como aportantes".

4.2.3 Fallo de segunda instancia La Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cartagena, mediante providencia del 22 de noviembre de 2005, revoca el fallo de primera instancia y en su lugar niega a las señoras Itsa Guevara y Guevara de Itza la protección de sus derechos a la salud y a la vida digna, en razón de que la actora no demostró la dependencia económica de su madre y su condición de persona soltera y sin hijos.

En esos términos, la Sentencia concluye que la señora Francisca Guevara de Itza no tiene la condición de beneficiaria de su hija y por tanto no puede ser vinculada al servicio de salud, que le corresponde garantizar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto de las previsiones de la Ley 972 de 2005, a cuyo tenor ninguna de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, bajo ningún pretexto, pueden negarse a asistir a personas afectadas con enfermedades catastróficas, considera que corresponde a la entidad territorial correspondiente y no a las accionadas, garantizarle a la señora Francisca Guevara de Itza la atención que requiere.

5. Trámite en sede de Revisión 5.1 Acumulación La Sala Octava de Revisión, mediante providencia emitida el 5 de junio de 2006, considerando que los expedientes estudiados en esta providencia coinciden en los hechos y el derecho fundamental vulnerado, resolvió acumular el expediente T-1.316.431 al expediente T-1.302.640 para ser fallados conjuntamente.

5.2 Práctica de pruebas y medida provisional 5.2.1 Esta Sala, mediante providencia del 22 de junio de 2006 i) ordenó al Ministerio de Educación Nacional remitir las Resoluciones, los Acuerdos y en general la normatividad expedida de conformidad al parágrafo 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en especial los Acuerdos Números 01 de 1996, 04 y 13 de 2004, emitidos por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ii) dispuso que el Fondo accionado remitiría, dentro del mismo término, los Acuerdos y las Resoluciones adoptadas en cumplimiento de la Sentencia T-015 de 2006.

Luego de varios requerimientos, el señor Vicepresidente de Fondo de Prestaciones- Fiduprevisora S.A. remitió a la Secretaría General de esta Corte la documentación solicitada.

5.2.2 El 22 de junio de 2006, en consideración a la suspensión de términos decretada para mejor proveer y dada la gravedad de las patologías que afectan a las progenitoras de las accionantes, esta Sala ordenó a las accionadas, Unión Temporal del Norte y COSMITET Medinorte Ltda, continuar prestando la atención médica que requieren las señoras Ana Sofía López de Restrepo y Francisca Guevara de Itza, hasta que esta Sala disponga lo contrario.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de los autos de 24 de marzo y 6 de abril de 2006, expedidos por la Salas de Selección de Tutelas Número Tres y Cuatro de esta Corporación respectivamente.

2. Problema jurídico planteado Corresponde a esta Corte determinar si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduciaria La Previsora S.A., COSMITET LTDA y la Unión Temporal del Norte vulneran a las señoras Adiela Restrepo López y Dolores Rosa Itza Guevara y a sus progenitoras sus derechos fundamentales, porque excluyeron a estas últimas del servicio de salud, sin perjuicio de sus graves patologías y su avanzada edad.

Ahora bien, los jueces de instancia niegan la protección, en cuanto las entidades accionadas dan cumplimiento a la regulación en materia de beneficiarios del servicio de salud, expedida por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a cuyo tenor cuando los docentes contraen matrimonio o tienen descendencia sus padres pierden el derecho a la prestación en salud.

Es cierto, igualmente, que en el curso de las acciones de tutela que se revisan, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en acatamiento de la Sentencia T-015 de 2006 emitida por la Sala Tercera de Revisión –como más adelante se explica-, reglamentó la inclusión al servicio de salud de los padres de los educadores afiliados a la entidad y fijó las tarifas para el efecto.

De manera que esta Sala habrá de resolver si las accionadas vulneran los derechos fundamentales de las accionantes y de sus progenitoras a la salud, a la vida y a la protección debida a las personas de la tercera edad y así mismo determinar si los mismos fueron restablecidos, pero, previamente, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, se requiere precisar la procedencia de la acción, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991.

3. Procedencia de la acción El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces el restablecimiento inmediato de sus derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento breve y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, cualquiera fuere la autoridad pública que los amenace o vulnere.

Ahora bien, esta Corte se ha referido al carácter fundamental del derecho a la salud y a la procedencia de la acción de tutela para restablecerlo y ha compelido a las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio a asumir " el papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho", prestando un "servicio integral de calidad, transparente y efectivo" [1] .

Señala la jurisprudencia constitucional, que si bien en un principio "se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida" , hoy puede afirmarse que el derecho a la salud es en sí mismo fundamental.

Sobre el particular esta Corte ha sostenido: "Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales.

Ahora bien, el Estado tiene un amplio margen para decidir la forma como habrá de proteger el derecho fundamental a la salud y en este sentido, tal como lo señala el artículo 49 de la Constitución Nacional, "Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control."

Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está íntimamente conectada con la realización misma del Estado social de derecho y de todos los propósitos que se derivan del artículo 2º de la Constitución. Por tal razón, no

puede derivar, en un servicio ‘pro forma’ que se presta tan solo porque así lo exige una disposición determinada, sea ella constitucional, legal o reglamentaria, pero que en el menor descuido da paso a alegar excusas de tipo formal para dejar de prestarse. O lo que es aún peor:

ofrecerse solo cuando se ha puesto en marcha la actividad judicial promovida precisamente ante la falta de prestación del servicio. La adecuada y eficiente prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud - privadas o públicas - se convenzan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio integral de calidad, transparente y efectivo [2] ” .

Indica esta Corte, además, que la seguridad social no es simplemente un servicio público, sino principalmente el mecanismo establecido en el ordenamiento para garantizar a los asociados el derecho de gozar del más alto nivel de salud posible, toda vez que “ la realización del derecho a la vida en condiciones dignas depende [en gran medida] del mantenimiento del máximo nivel de salud física, mental y sensorial, el cual resulta posible a través de la prestación de la seguridad social” [3] .

De manera que las acciones de tutela que se revisan, instauradas por las señoras Adiela Restrepo López y Dolores Itza Guevara son procedentes, porque corresponde al juez constitucional restablecer el derecho a la salud de los asociados, cualquiera fuere la autoridad que los vulnere o amenace y, en ambos casos, las accionantes abogan por la atención en salud de sus progenitoras, de avanzada edad y afectadas con graves patologías.

4. Consideraciones preliminares. Reiteración de jurisprudencia 4.1 Reserva legal en materia de seguridad social. Concepto y alcances La Declaración Americana de los Derechos del Hombre preceptúa “que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” y la Convención Americana [4] obliga a los Estados partes “ adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

También el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales [5] impone a los Estados Parte la obligación de “adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Vale precisar que el artículo 48 constitucional dispone que el servicio público de la seguridad social “ se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado”, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, “en los términos que establezca la ley” ;

quiere decir entonces que la Carta Política, previo el señalamiento de los principios a los que se sujetará la regulación, asigna al legislador el desarrollo del derecho a la seguridad social –se destaca - .

Señala la jurisprudencia de esta Corte, al respecto, que el legislador ostenta amplia potestad de configuración en materia de seguridad social “ pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva ” [6] .

“ (..) en el Estado Social de Derecho es lógico que la regulación de los derechos y las libertades públicas esté en cabeza del Congreso de la República, puesto que su protección supone que los actos estatales que los afecten estén rodeados de un conjunto de garantías mínimas, entre ellas la relacionada con la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el poder legislativo como expresión de la voluntad popular. Es claro, que este procedimiento le imprime seguridad, publicidad y transparencia a las decisiones adoptadas en esta materia por el legislador, las que en todo caso no están exentas de los controles establecidos en la Constitución a fin de proteger los derechos humanos” [7] Así las cosas, es claro que la delimitación de la prestación del servicio de seguridad social entendida como la determinación de sus “ elementos básicos”, es decir de aquellos que por guardar relación con su existencia se confunden con el derecho mismo, está dotada de reserva legal, en todos los casos, cualquiera fuere su ámbito de su aplicación y las particularidades del servicio.

Compete al legislador en consecuencia “ determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad , (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y de las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros” [8] - negrilla fuera del texto-.

Quiere decir, entonces, que la determinación de las condiciones de afiliado, cotizante, beneficiario o vinculado al Sistema de Seguridad Social en salud es asunto que habrá de establecer el legislador, en cuanto órgano representativo de la voluntad popular, encargado de desarrollar los derechos y deberes constitucionales y hacer posible la prestación de los servicios públicos, para lo cual habrá de fijar los requisitos de ingreso al sistema, determinar los costos, establecer el alcances de los beneficios y fijar las condiciones de exclusión “pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva [9] ”.

Sobre la cláusula general de competencia, en materia legislativa, señala la jurisprudencia constitucional. “La legitimidad del derecho se encuentra vinculada al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad” [10] No obstante, el ejercicio de las competencias legislativas en materia de regulación de la seguridad social no significa que el desarrollo de los derechos prestacionales pueda desconocer los principios y valores constitucionales, como tampoco el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos [11] , habida cuenta que, sin perjuicio de su amplia potestad de configuración, al Congreso de la República le compete, muy especialmente, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes establecidos en la Carta.

Señala la jurisprudencia constitucional, a manera de ejemplo, que el legislador no podría hacer optativa la afiliación a la seguridad social, porque esto desconocería que “ según la Constitución, la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio (CP art. 48)” y que tampoco en el desarrollo de los derechos prestacionales podría recurrirse a “criterios de diferenciación sospechosos o potencialmente discriminatorios [12] ”.

Ahora bien, el principio de progresividad, como pasa a explicarse, se erige en una pauta determinante en materia de regulación del derecho a la seguridad salud, comoquiera que las autoridades públicas están en el deber de avanzar, atendiendo las posibilidades legales y fácticas del momento, en la conformación de un orden económico y social justo –artículos 1 y 2° C.P.-.

4.2 Principio de no regresión en materia de seguridad social Señala el artículo 2° de la Carta Política, entre los fines esenciales del Estado, la promoción de la prosperidad general y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre ellos el acceso de todas las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, mediante la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social, en la forma que determine la ley –artículos 49 y 48 C.P.-.

Dispone el artículo 46 constitucional, además, que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria, estableciendo a su favor " seguridad social integral" y subsidios en caso de indigencia. Además el artículo 43 del mismo ordenamiento prevé un apoyo especial para la mujer cabeza de familia.

El deber de desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, para alcanzar el más alto nivel posible de protección, asistencia e integración a la vida activa y comunitaria de las personas de la tercera edad, atendiendo el grado de desarrollo del Estado parte y el máximo de sus recursos disponibles, se considera esencial en el Sistema de los derechos humanos, dada su relación con el goce de los derechos civiles y políticos.

Disponen al respecto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [13] y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador" [14] :

"Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

Sobre el desarrollo del deber de realizar progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, considera la jurisprudencia constitucional:

"Este artículo consagra entonces la obligación esencial que adquieren los Estados en relación con estos derechos, a saber, el llamado deber de realizar progresivamente la plena efectividad de estos derechos. Para ello la norma retoma lo esencial del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas.

Ahora bien, este deber de realización progresiva ha sido objeto de importantes desarrollos doctrinales que conviene tener en cuenta, con el fin de precisar el alcance de las obligaciones que está adquiriendo el Estado colombiano conforme al presente convenio. Por ello la Corte se referirá a la doctrina internacional más autorizada en la materia, la cual está contenida, de un lado, en los diversos informes oficiales elaborados por el Relator y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [15] , y de otro lado, en 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 [16] ".

[17] Esta Corte, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el parágrafo 3 del artículo 24 del Decreto ley 1795 de 2000 [18] , consideró que "sin perjuicio de la finalidad legítima de proteger la viabilidad financiera de los regímenes especiales de seguridad social en salud, reduciendo el conjunto de beneficiarios", la exclusión de quienes tenían asegurada la protección constitucional, sin garantizar el cubrimiento de la prestación constituye en sí misma "un retroceso en la garantía del derecho a la salud", pues personas que tenían asegurada una protección de ese derecho constitucional, quedan entonces excluidas del sistema", sin que se garantice el cubrimiento de la prestación.

En armonía con lo expuesto y como resultado del control de constitucionalidad propio de las disposiciones que comportan un retroceso en el desarrollo de los derechos a que se hace mención, esta Corte declaró exequible el parágrafo 3 del artículo 24 del citado decreto, siempre que los padres del oficial o suboficial que dejó de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, " [continúen] siendo beneficiarios (..) " i) " siempre y cuando estos oficiales hayan ingresado al servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente " y ii) " sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud".

Destaca la providencia que "un grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud" no puede dejar de serlo, a menos que la ley "garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social en salud ", habida cuenta que " el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto [19] .

Quiere decir entonces que, sin perjuicio de la amplia potestad legislativa en materia de configuración del Sistema de Seguridad Social en la materia, una vez alcanzado determinado nivel de protección, la facultad de regulación, asignada al Congreso de la República, se circunscribe al desarrollo progresivo del nivel alcanzado, de conformidad con las previsiones constitucionales y los tratados internacionales ratificados por el Congreso -como quedó explicado-, artículos 1°, 2°, 13, 48, 49, 93 y 94 C.P.-.

4.3 Regímenes especiales de Salud El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa del sistema integral de seguridad social, "contenido en la presente ley" i) a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ii) al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la disposición, iii) a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas; iv) a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración ; v) a los trabajadores de las empresas incursas en concordato preventivo o obligatorio y que al entrar a regir la ley habían pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, mientras dure el respectivo concordato y v) a los servidores públicos y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos –se destaca-.

Considera esta Corte, al respecto, que circunstancias especiales, como viene a serlo la necesidad de proteger los beneficios obtenidos por los trabajadores "gracias a sus reivindicaciones laborales", le permiten al legislador "diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios.

[20] ". Señala la decisión, que se trae a colación: "La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta." Quiere decir entonces que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, gozan de un régimen prestacional especial, diferente del que disfrutan los afiliados al previsto en la Ley 100 de 1993, en cuanto aquel comporta mayores beneficios que el régimen de seguridad social integral.

Prerrogativas alcanzadas a manera de reivindicaciones laborales, que la Carta Constitucional ampara y las autoridades públicas están obligadas a garantizar.

4.3.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Dispone el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 [21] que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley (…) y de los que se vinculen con posteridad a ella".

Prevé la disposición la afiliación automática "de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley" y advierte sobre la imposibilidad de imponer a los mismos "renuncias a los riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos" .

El artículo 5° de la Ley 91 de 1989 relaciona, entre los objetivos del citado Fondo, el de "[g]arantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo ";

el artículo 10 concede a la Nación plazos para cancelarle al Fondo la deuda a su cargo, "de tal manera que al final de los diez años la deuda se encuentre completamente saldada" y el parágrafo 1°, del numeral 4°, del artículo 15 de la misma normatividad dispone que "[e]l Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con la reglamentación que se expida [22] ." Cabe precisar, además, que en vigencia de la Carta Constitucional de 1986 correspondió al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otras, la función de fijar "las políticas generales de administración e inversión de los recursos" destinados a la asistencia en salud de sus afiliados, "velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento" y por el cumplimiento y el correcto desarrollo de los objetivos de la entidad.

Dispuso el artículo 7° de la Ley 91 en comento, además, que el Fondo creado por la misma determinaría, "el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que garantice una distribución equitativa de los recursos [23] " .

Es decir que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y le asignó funciones al amparo de la Constitución entonces vigente, incompatibles con la Carta Política actual, si se considera que "la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos. Este es el caso de la prestación del servició público de salud [24] ".

Señala al respecto la providencia en cita: “Específicamente en relación con la seguridad social en salud, la Constitución ratifica que es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación. El artículo 49 afirma que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Así entonces, la intervención estatal sobre la salud tiene un sustento constitucional variado: uno, que es la intervención del Estado en la economía, dos, dicha intervención es la expresión de la inspección y vigilancia de la prestación del servicio de salud, prestación que desarrolla una profesión de riesgo social, tres, por tratarse del servicio público de atención de la salud, el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de esta actividad y, cuatro, por la particular naturaleza de los recursos de la salud, puesto que se manejan recursos captados del público sometida a la especial intervención del Estado”.

Vale recordar, además i) que el artículo 338 de la Carta Política prevé que la ley, las ordenanzas y los acuerdos puedan “permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen” , siempre que dichas leyes, ordenanzas o acuerdos definan el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto [25] y ii) que la Ley 91 de 1989, si bien fija el monto de los aportes de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no determina el sistema, como tampoco el método para fijarlos y no señala los parámetros a seguir para efectos de su reparto y definición de beneficios.

Situación de “ inseguridad jurídica”, que “ no se aviene con la certeza que debe rodear a los derechos constitucionales y a la garantía de la efectividad de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, como fin esencial del Estado [26] ”, advertida por esta Corte, en la decisión que se trae a colación y en las sentencias que más adelante se reseñan.

Lo anterior dada la ausencia de “ normas legales en las cuales se consagren los servicios mínimos de salud y el régimen de beneficiarios ” y los requisitos para la asistencia en salud de los educadores y de sus familias, que ha sumido en una “situación de desamparo” a “ sectores poblacionales en circunstancias de debilidad manifiesta ” [27] .

Lo anterior si se considera que la Ley 91 de 1989 confía a la discrecionalidad de “ un órgano de la Administración” y al resultado de negociaciones sindicales, la determinación de las cotizaciones a cargo de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el señalamiento de los beneficios de la prestación.

Al respecto, es dable recordar que esta Corte, en reciente decisión, declaró inexequible el artículo 42 de la Ley 812 de 2003 [28] “por ser violatorio de la reserva legal de que trata el artículo 150 numeral 21 de la Constitución, por ser y por vulnerar el principio de gratuidad establecido en el inciso cuarto del artículo 49 Constitucional” [29] .

Señala la decisión: “Por último, la norma demandada al permitir que una autoridad fije un sistema tarifario en la prestación del servicio de salud sin que ésta misma o la ley que la contiene establezca los sujetos sobre los cuales recae la obligación, la determinación y especificidad de la tarifa y señalamientos de parámetros objetivos para establecer los mínimos y máximos del monto de la tarifa, hace que este indeterminado el sistema y el método para dicha fijación de la tarifa”.

4.3.2 Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las autoridades administrativas no pueden sustituir al legislador “en lo relativo a la definición de los términos y condiciones sobre aportes para el sistema de salud [30] ” 4.3.2.1 El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio define las políticas de la entidad en materia de la atención de la salud de los docentes y sus familias y señala los términos de referencia, a los que deben someterse quienes contratan con la Fiduciaria La Previsora S.A. la prestación del servicio, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 91 de 1989.

Revelan los antecedentes que el Consejo Directivo en mención, mediante Acuerdos Nos. 4 y 13 de 2004, resolvió modificar “(..) el sistema de servicios médico asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ”, impartir instrucciones “ a la Fiduciaria la Previsora S.A para poder garantizar la prestación de servicios médico asistenciales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios ” y aprobar los términos de referencia que regirían la contratación.

Entre otros aspectos, el citado Acuerdo No. 4 dispuso la inclusión en el servicio médico asistencial de los hijos de los afiliados entre los 18 y 25 años que dependan económicamente de aquellos y que estudien con dedicación de tiempo completo, sin límite de edad y de los afectados con incapacidades permanentes que dependen económicamente del afiliado, como también de los nietos de los docentes, hasta los 30 días de nacidos, cuando el hijo del docente sea beneficiario del afiliado.

Ahora bien, mediante Invitación Pública No.143 de 2005, el Consejo Directivo del Fondo en comento fijó las condiciones que regirían la contratación de la prestación de servicios médico asistenciales, a los docentes activos y pensionados afiliados .

Prevé la Invitación, al igual que los contratos suscritos por la Fiduciaria La Previsora S.A., dentro del marco de la oferta en referencia, la inclusión de la prestación del servicio de salud que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está obligado a prestar, entre otras personas a los “[l]os padres de los educadores solteros y sin hijos, mientras no estén pensionados y dependan económicamente de este (sic) .” Se explica, entonces, que desde el año 2005 esta Corte haya venido conociendo sobre la exclusión de los padres de los docentes casados o con hijos de la asistencia en salud que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está obligado a garantizar, por el solo hecho del matrimonio y de la procreación de los educadores afiliados, sin miramientos respecto de la interrupción de tratamientos en su mayoría de enfermedades catastróficas y sin consideración a la avanzada edad y al desamparo económico de los afectados.

La actitud del Fondo accionado vulnera además el derecho a la igualdad de sus afiliados al Fondo y de sus familias, porque mientras el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resolvió excluir del servicio de salud a los padres de los docentes, dado el matrimonio de sus hijos o el nacimiento de los hijos de éstos, así el cónyuge del afiliado y sus hijos no sean beneficiarios del servicio, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 extienden la cobertura a los padres del afiliado, a falta de beneficiarios de mejor derecho.

De modo en el Sistema de Seguridad Social Integral, a diferencia de lo que ocurre en el régimen en salud de los docentes, los padres de los afiliados reciben asistencia i) como beneficiarios de sus hijos, así estos hubieren contraído matrimonio o procreado o ii) mediante el pago de una cotización adicional, en concurrencia con el cónyuge, el compañero permanente y los hijos del afiliado [31] .

Cabe precisar, al respecto, que la Sala Novena de Revisión destacó cómo “ los Acuerdos 4 y 13 de 2004 proferidos por el Consejo Directivo del FNPSM, a pesar de ser actos generales, han ocasionado en concreto una agresión a los derechos fundamentales de los accionantes”, expuso la Sala en cita cómo la normatividad en mención contraría “los principios de progresividad y continuidad en materia de seguridad social en salud, pues los priva de una prerrogativa ya consolidada dentro del régimen especial del magisterio como es la de ser beneficiarios de sus hijos docentes casados o con hijos y sin tener la posibilidad de ser afiliados adicionales, distinto a lo que ocurre en el régimen general [32] ”.

4.3.2.2 En lo que tiene que ver con las facultades conferidas al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vale recordar que esta Corte, mediante Sentencia C-089 de 1998 [33] , entre otras decisiones, resolvió declarar inexequibles los literales g) y k) de la Ley 352 de 1997, "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional ".

Lo anterior, en cuanto las disposiciones demandadas asignaban, a una autoridad administrativa, para el efecto el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, las facultades de i) “aprobar los parámetros para la fijación de las tarifas internas y externas” y ii) “determinar los períodos mínimos de cotización para la prestación de algunos servicios de alto costo. Estos períodos no podrán ser superiores a ochenta (80) semanas”.

Al punto que dicho Consejo “ resulta sustituyendo a la ley en lo relativo a la definición de los términos y condiciones sobre aportes para el sistema de salud”.

Señala la decisión: “El artículo 338 de la Carta es vulnerado por este acápite normativo, toda vez que delega en una autoridad administrativa la fijación de las tarifas de contribuciones, sin señalar la propia Ley el método ni el sistema para el cálculo de los costos y beneficios correspondientes.

Iguales motivos de inconstitucionalidad afectan al literal k) del mismo artículo 7, demandado, que confía al Consejo la función de determinar los períodos mínimos de cotización para la prestación de servicios de alto costo, por falta de competencia constitucional para ello, según lo que se deja dicho”.

4.4 Decisiones de tutela sobre la asistencia en salud a los docentes y a sus familias 4.4.1 Como se expuso con antelación, mediante Sentencia T-348 de 1997 [34] , la Sala Tercera de Revisión se refirió a la grave situación de abandono e inseguridad jurídica que afrontan los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de la asistencia médica a sus familias.

Consideró esta Corte, en la oportunidad en mención, la situación médico asistencial del grupo familiar conformado por dos educadores, cónyuges entre sí, afiliados al Fondo accionado, comoquiera que la entidad contratista se negaba a practicar los procedimientos ordenados por el médico tratante a la hija de ambos, afectada con limitación mental absoluta.

Expone la providencia, i) que “no existe 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” y ii) que “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”.

En consecuencia la Sala, aunque no concedió la protección puesto que se pudo comprobar que la persona afectada estaba afiliada a una empresa de medicina prepagada, exhortó “al legislador y a los docentes al servicio del Estado, así como a los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, de consuno, reflexionen sobre los elementos planteados en esta providencia y promuevan las acciones conducentes a la definición legal de un régimen de salud que consulte los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Política, aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia a algún privilegio gremial” .

Señala la decisión –se destaca-: “Omisión del legislador y deber de desarrollar los derechos consagrados en el capítulo 2 del título II de la Carta 22. Pese a que la presente acción se rechace, no puede la Sala dejar de advertir la omisión del legislador en punto a la definición del régimen mínimo de beneficiarios del sistema de seguridad social de salud de las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio . No desconoce esta Sala que tal omisión se debe, entre otros factores, al petitum expreso de los representantes del sector docente, para que fueran excluidos del régimen general de salud y así mantener algunos beneficios, como por ejemplo, el monto de la cotización.

No obstante, el sistema vigente desampara a sectores poblacionales que, como los disminuidos físicos, merecen un trato especial. En este sentido, recuerda la Corte que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un

servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del país, pero cuya vigencia efectiva depende de la intermediación activa de la ley.

Para la Sala resulta en extremo preocupante que el derecho a la seguridad social en materia de salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentre sometido a las incertidumbres jurídicas descritas con anterioridad.

El hecho de que no existan normas legales en las cuales se consagren los servicios mínimos de salud y el régimen de beneficiarios, lo cual determina que la fijación de ese mínimo se defina por vía de la discrecionalidad de un órgano de la Administración o de una negociación contractual, perpetúa una situación de desamparo a sectores poblacionales que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y genera una situación de inseguridad jurídica que no se aviene con la certeza que debe rodear a los derechos constitucionales y a la garantía de la efectividad de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, como fin esencial del Estado (C.P., artículo 2°).

A juicio de esta Corporación, el desarrollo legislativo de los derechos constitucionales prestacionales es una tarea a la cual el Estado no puede renunciar dejándola a cargo de la discrecionalidad de órganos estatales de carácter ejecutivo y a la autonomía de la voluntad de entidades descentralizadas y de grupos de particulares. Esta autonomía, aunque cohonestada ampliamente por la propia Carta Política (C.P., artículos 16 y 333), encuentra límites claros en las competencias que el Estatuto Superior ha radicado en cabeza del Legislador, más aún si lo que se trata tiene relación directa con la efectividad de un derecho prestacional. Si bien el contrato es un instrumento jurídico de la mayor importancia, no goza de las garantías y seguridades que requiere el desarrollo de los derechos constitucionales.

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

4.4.2 L a Sala Séptima de Revisión, ante una situación fáctica similar a la antes reseñada, resolvió desconocer, parcialmente, el contrato suscrito entre la Fiduciaria La Previsora S.A. y la sociedad C REDISALUD LTDA, para la prestación de los servicios médico-asistenciales al personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el departamento del Tolima.

Lo anterior, en razón de que las afecciones respiratorias del hijo de un afiliado no estaban siendo atendidas por la accionada, dado que el contrato en mención excluía de "la prestación de ciertos servicios como terapias, intervenciones quirúrgicas y otros, a los hijos de los docentes mayores de 12 años".

Recordó esta Corte, "la primacía de los derechos fundamentales, la eficacia directa de la Carta y la especial protección de los menores " y en consecuencia la obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de garantizar y prestar, "directamente o por medio de otras personas, la totalidad de los servicios médicos de los menores hijos de los docentes, hasta los 18 años", sin perjuicio de los contratos entonces vigentes, dada la incompatibilidad de los convenios con el cumplimiento de los deberes sociales del Estado [35] .

Se detuvo esta Corte, además, en la vulneración del derecho a la igualdad que comporta que los menores hijos de docentes, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no puedan acceder a la cobertura familiar prevista en la Ley 100 de 1993, como acontece con otros grupos de la población.

Señala la decisión: "12. Finalmente, vale la pena resaltar que, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional del magisterio fue creado con los objetivos de que asumiera el pago de prestaciones sociales y de que

garantice la prestación de los servicios médico asistenciales a que tienen derecho los docentes oficiales. Así mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º de la normatividad en cita, los docentes nacionales y nacionalizados "serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Por consiguiente, los maestros no gozan de la facultad para escoger libremente la entidad que ofrece la mejor administración y prestación de los servicios de salud, pues el acceso a los servicios médicos de los docentes es obligatorio al fondo especialmente diseñado para ellos. Es por ello que, la cobertura familiar favorable que ofrece la Ley 100 de 1993, no puede ser escogida por los maestros, lo que demuestra que la diferencia de regímenes legales, entre el general y el de los docentes, presenta una evidente diferencia en detrimento de los menores hijos de los maestros, los cuales no gozan de protección integral de su salud y se desconoce la especial situación de los menores frente a sus derechos fundamentales".

4.4.3 Mediante Sentencia T-904 de 2004 la Sala Quinta de Revisión se refirió a la afiliación de los padres de los docentes, al considerar la exclusión del Plan de Atención para Beneficiarios de la madre de 74 años de la educadora accionante y del hijo de 20 años de esta última, estudiante de tiempo completo, ambos económicamente dependientes de la docente.

Argüía la accionada i) que los padres de los educadores no pueden ser inscritos en el régimen de beneficiarios, salvo que el afiliado se mantenga célibe y no tenga hijos y ii) que el hijo de la actora no reunía las condiciones del contrato suscrito entre la Fiduciaria La Previsora S.A. y la IPS FINSEMA [36] .

Nuevamente esta Corte destacó cómo "no hay 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" .

Se refirió la Sala Quinta, en la providencia en mención, a los factores que inciden en la variación de la asistencia en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y a las condiciones que entonces regían la prestación del servicio en el departamento de Santander.

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

Teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí expuestas, y para lo que interesa a la presente causa, se pregunta la Sala ¿cuál es entonces el régimen de atención en salud aplicable a los docentes del Departamento de Santander afiliados al Fondo de prestaciones sociales del Magisterio y, más concretamente, cual el aplicable a sus beneficiarios? Dando aplicación a los fundamentos legales, para el caso específico del Departamento de Santander, la Fiduprevisora, actuando en cumplimiento de la fiducia suscrita con la Nación -Ministerio de Educación Nacional-, celebró contrato con la Fundación Integral para la Salud y la Educación Comunitaria del Magisterio -Finsema-, para que sea ésta la IPS encargada de prestar los servicios médico-asistenciales de los docentes activos, pensionados y sus beneficiarios (vigente para la época de interposición de la presente tutela). Según lo establecido en el mencionado contrato, concretamente en el anexo denominado Plan de Atención para Beneficiarios, la cobertura de los servicios de salud se amplía a los padres sólo en el caso de que los educadores sean solteros y sin hijos, y mientras aquellos no estén pensionados y dependan económicamente del docente. En igual medida, dicho servicio se presta a los hijos mayores de 19 años y menores de 23,

siempre que se demuestre una total dependencia económica del docente afiliado y previa acreditación de su condición de estudiante de dedicación exclusiva".

4.4.4 Mediante Sentencia T-351 de 2005 [37] , la Sala Quinta de Revisión reiteró los planteamientos expuestos en las providencias antes reseñadas y concedió la protección, dado que el padre de la actora, excluido de la prestación del servicio i) "sobrepasa los 92 años ", ii) " no percibe ningún tipo de pensión (..) por lo cual, para todos los efectos depende económicamente de su hija , iii) además de " las dolencias propias de su edad, sufre de una enfermedad catastrófica -cáncer- y, por lo tanto, su salud reviste una gravedad indiscutible", y iv) " no se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en ninguno de los regímenes, y no podría estarlo, por cuanto no tiene capacidad de pago para pertenecer al régimen contributivo (..)".

Consideró la Sala Quinta que si bien "una primera aproximación al caso concreto permite concluir que la decisión de la Fundación Médico Preventiva, de no reconocer la calidad de beneficiarios (sic) de los servicios de salud al padre de la accionante, se ajusta plenamente a las condiciones previstas en el contrato de servicios asistenciales, el cual constituye ley para las partes (..) los presupuestos contractuales que no permitían al señor Gabriel de Jesús Mejía Marulanda ser beneficiario han desaparecido, pues el esposo de la accionante es pensionado del Fondo del Magisterio, mientras que sus hijos ya son mayores de edad, lo que significa que la accionante no tiene ningún beneficiario vigente y por lo tanto, al no verse alterado el equilibrio económico del sistema de seguridad social en salud, ésta puede solicitar la afiliación de su padre o incluso acudir a la acción de tutela para este fin" .

Se observa entonces que la Sala Quinta acudió a las previsiones del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor -como quedó explicado- el derecho de los padres a la asistencia en salud, en calidad de beneficiarios, depende de la real vinculación al servicio del cónyuge, compañero o hijos del afiliado, no de que éste contraiga matrimonio o permanezca célibe, tampoco de la procreación, manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad que no afectan el equilibrio del Sistema Integral de Seguridad Social, mientras no den lugar a nuevas inclusiones [38] .

4.4.5 La Sala Tercera de Revisión, en los términos de la Sentencia T-015 de 2006 [39] sostuvo que la determinación del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "de retirar la calidad de beneficiarios a los padres de los educadores casados y con hijos, a pesar de que aquellos dependan económicamente de sus descendientes, se fundamenta en la atribución que le confirió la ley para determinar todo lo relacionado con los servicios de salud de los docentes afiliados al Fondo".

Consideró la Sala en cita, las acciones de tutela instauradas por quienes pretendían ser " reintegradas como beneficiarias de sus hijos -docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, en las mismas condiciones en que se encontraban antes de ser retiradas" y resolvió conceder la protección ante la inminencia del perjuicio irremediable que se cernía sobre la vida de las accionantes, dado i) " que todas las actoras son personas de la tercera edad [40] y, por consiguiente, son sujetos de especial protección constitucional" ; ii) que "ninguna de las tres demandantes tiene ingresos propios ni cuenta con una pensión, de tal manera que dependen económicamente de sus hijos ", iiii) "ninguna está afiliada a un sistema de seguridad social en salud o a un servicio de medicina prepagada" y iv) "finalmente, por lo menos dos de ellas (..) tienen serias afecciones de salud" .

Se detuvo la Sala Tercera en el deber de la familia de prestar a sus integrantes la atención y asistencia requerida, en todos los órdenes, en desarrollo del principio de solidaridad [41] y en la obligación del Estado de concurrir a la prestación, de ser ello necesario. Dice así la providencia:

"Ahora bien, con independencia de la buena disposición que demuestran los hijos de las actoras para asumir los gastos que ocasiona la afiliación de sus madres a una EPS del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala de Revisión encuentra que, en principio, esta puede ser una carga exigible a los hijos con respecto a sus padres, en

desarrollo del principio de solidaridad contemplado en la Constitución Política (arts. 1, 2 y 95.2) y del deber concurrente del Estado, la sociedad y la familia de proteger y asistir a las personas de la tercera edad (C.P., art. 46). En esta materia, 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, en los casos referidos a las cargas económicas exigibles a los familiares el juez de tutela sólo habrá de intervenir en forma subsidiaria para promover algún subsidio, cuando la familia no puede asumir la carga que genera el aseguramiento de la prestación del servicio de salud a sus padres. Por lo tanto, no comparte esta Sala la decisión de uno de los jueces de tutela de pasar a observar la posibilidad de que la actora sea afiliada al Sistema Subsidiado de Salud. Dada la precariedad económica de este sistema, que se evidencia en los millones de personas que no han podido ser afiliadas a él, el juez de tutela no puede ordenar que se considere la afiliación de un demandante a este sistema de salud sin que se haya demostrado que sus hijos no pueden asumir ese costo".

Consideró la Sala en comento, además, exorbitante la exigencia del Fondo accionado, tendiente a que los padres de los docentes se afilien al régimen contributivo en calidad de cotizantes independientes, cuando se conoce que se trata de personas imposibilitadas para trabajar, que dependen económicamente de sus hijos, dada su avanzada edad y estado de salud.

" (..) La Fiduciaria la Previsora considera que las madres de los docentes que se encuentren en la situación que se analiza en esta sentencia deben afiliarse a una EPS del sistema general de salud a través de la figura de los cotizantes independientes o como beneficiarios de un grupo familiar. Esta exigencia no es razonable.

Por un lado, no tiene sentido pedirle a estas madres que acudan a una EPS para solicitar ser afiliadas como cotizantes independientes, cuando para todos es claro que ellas son sostenidas económicamente por sus hijos docentes. Con ello se está imponiendo a todos los que deben participar en ese proceso de afiliación que representen un papel contraevidente, por ser distante de la realidad. Pero, además, una de las actoras afirma que su hija intentó afiliarla a una EPS, pero que no pudo hacerlo en razón de su edad y de sus enfermedades. En este caso, la afiliación podría hacerse exigible a través de dispositivos administrativos o de órdenes judiciales, pero lo cierto es que no es razonable exigirle a personas de la tercera edad, algunas de ellas muy enfermas, que recorran ese vía crucis para lograr que su derecho a la salud y a una vida digna sea protegido".

Ahora bien, con respecto a la determinación del alcance de la prestación asistencial, por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ante la ausencia de regulación legislativa en la materia, la Sala Tercera señaló:

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

[42] En armonía con lo expuesto la Sala Tercera de Revisión consideró que la "determinación del Consejo Directivo de retirar la calidad de beneficiarios a los padres de los educadores casados y con hijos, a pesar de que aquellos dependan económicamente de sus descendientes, se fundamenta en la atribución que le confirió la ley para determinar todo lo relacionado con los servicios de salud de los docentes afiliados al Fondo" –se destaca- .

Concluyó, entonces, la Sala Tercera de Revisión que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía modificar la regulación del servicio de salud, que presta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, “dentro de los parámetros superiores vigentes y sin perjuicio de que el Congreso regule de manera más detallada ciertas materias de este régimen especial ” ya “ que el régimen de seguridad social en salud para el Magisterio presenta una carencia que dificulta considerablemente que los docentes puedan cumplir con su deber de solidaridad para con sus padres” .

Lo anterior sin desconocer i) las particularidades del régimen especial que regula la asistencia en salud de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; ii) “ la importancia de los vínculos familiares”, y iii) “los datos que arrojen los estudios financieros y demás criterios que considere pertinentes ”.

Indica la providencia: “10. De acuerdo con lo expresado, esta Sala de Revisión concluye que el Consejo Directivo del Fondo está facultado para modificar la regulación del servicio de salud que presta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los parámetros superiores vigentes y sin perjuicio de que el Congreso regule de manera más detallada ciertas materias de este régimen especial. Ello significa en la práctica que los hijos de las actoras deben asumir la obligación de afiliar a sus madres a un servicio de prestación de salud, tal como ellos mismos han manifestado que están dispuestos a hacerlo.

Empero surge la pregunta acerca de si es razonable que la regulación del sistema de seguridad social en salud del magisterio no contenga normas que permitan que un afiliado vincule a su progenitora al servicio de salud que ofrece el mismo Fondo, en los casos en que aquella no goce de una pensión y dependa económicamente de su descendiente.

Esta Sala de Revisión concluye con base en todo lo expresado que el régimen de seguridad social en salud para el Magisterio presenta una carencia 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). Ese 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).

De esta forma, el régimen de salud del Magisterio adolece de una carencia sustancial que acarrea en este caso la vulneración de los derechos de las actoras a la dignidad, a la salud y a la seguridad social, estos últimos en conexión con su derecho a la vida.

[43] Evidentemente, no le corresponde a la Corte determinar cómo debe ser llenado el vacío detectado en esta sentencia. Además, en consonancia con lo expresado anteriormente acerca de que cada régimen de seguridad social tiene su propia coherencia interna, no es apropiado disponer que el régimen especial de salud del magisterio reproduzca las normas del régimen general de seguridad social en salud. De esta manera, corresponde al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las facultades del Congreso para regular la materia, dictar la reglamentación respectiva, para lo cual habrá de valorar la importancia de los vínculos familiares, junto con los datos que arrojen los estudios financieros y demás criterios que considere pertinentes”.

En este orden de ideas, además de conceder la protección, en el sentido i) de 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 las actoras, de la misma manera que se brindaba en el pasado” y ii) disponer que las condiciones de la prestación “podrán variar a partir del momento en que el Consejo Directivo del Fondo regule la figura de los cotizantes dependientes” , la Sala Tercera resolvió:

“Segundo.- ORDENAR al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro del término de un (1) mes contado a partir de la notificación de la presente providencia, defina, a nivel nacional, las condiciones a través de las cuales los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos, podrán acceder al servicio de salud del magisterio, como cotizantes dependientes. El

Consejo decidirá bajo qué condiciones se ofrecerá esta modalidad de afiliación, de acuerdo con los estudios financieros que realice y los demás criterios que considere pertinentes y valorando debidamente los vínculos familiares.

Tercero.- EXHORTAR al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que examine la posibilidad de extender la figura de los cotizantes no independientes a los demás familiares próximos de los docentes afiliados al Fondo [44] " –subraya en el texto-.

5. Incorporación de los padres del "afiliado casado" a la prestación en salud que garantiza el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 5.1 Como lo revelan los antecedentes, atrás constatados, en acatamiento de la Sentencia T-015 de 2006 [45] , el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio resolvió que "podrán ser cotizantes dependientes los padres del afiliado casado" y acceder a los mismos servicios que la entidad presta a los cotizantes y sus familias i) previo el pago de una cotización adicional " equivalente a la U.P.C., del Sistema General definida anualmente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el grupo etáreo, incrementada en 31.3%", excepto cuando "el cotizante dependiente se encuentre en las zonas especiales definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el valor adicional será asumido por parte del Fondo " y ii) una vez asumida la obligación de mantener la vinculación, por un año y medio, como mínimo –conjuntamente con la autorización de descuento-.

5.2 Una vez regulado, por parte del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el derecho a la asistencia en salud de los padres del " afiliado casado " , en acatamiento de la Sentencia T-015 de 2006, diferentes Salas de Revisión de esta Corte, ante la solicitud de amparo constitucional de los progenitores de los educadores excluidos de la asistencia dado el matrimonio de sus hijos o el nacimiento de hijos de éstos, se han pronunciado en el sentido de conceder la protección absteniéndose de proferir órdenes de restablecimiento.

Sostuvo al respecto, la Sala Tercera de Revisión: "De otra parte, tal como se observó en el punto referido a los desarrollos posteriores a la sentencia T-015 de 2006 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo Directivo del Fondo dictó ya la reglamentación que había ordenado la Corte para que los padres de los docentes afiliados al Fondo, que no gocen de una pensión y dependan económicamente de sus hijos, fueran afiliados al Fondo como cotizantes dependientes. En el escrito anexado a este proceso por la presidenta del Consejo Directivo del Fondo se especifica el contenido de la reglamentación de la figura del cotizante no independiente y se manifiesta que la Fiduciaria La Previsora S.A. "dentro del mes siguiente – contado a partir del 13 de marzo del 2006 – tendrá ajustado totalmente con las Secretarías de Educación el procedimiento administrativo requerido." La reglamentación del mecanismo del cotizante dependiente es aplicable a todos los progenitores de los educadores afiliados al Fondo, que no gozan de pensión y dependen de sus hijos para poder sobrevivir. Esto indica que los actores de las demandas acumuladas dentro de este proceso pueden también acudir a las oficinas correspondientes para solicitar que les sea reconocida su condición como cotizantes dependientes de sus hijos docentes y, en consecuencia, les sean reanudados los servicios de salud que presta el Fondo.

Por lo tanto, ha de entenderse que luego de la expedición del reglamento y de la culminación de los ajustes administrativos, que debió finalizar el 16 de abril pasado, la situación planteada por los actores de los diferentes procesos acumulados dentro de esta sentencia ha desaparecido. Es decir, los docentes podrán afiliar a sus progenitores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues ya no existe la carencia de reglamentación que les impedía vincularlos como cotizantes dependientes. En consecuencia, dado que han sido eliminadas las circunstancias que condujeron a la instauración de las distintas acciones de tutela, se declarará la existencia de un hecho superado, por carencia actual de objeto [46] ".

La Sala Sexta de Revisión, por su parte, expuso que la superación del hecho atentatorio de la garantía fundamental de los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “impide a la Sala emitir decisión de fondo al respecto, por lo que la misma se abstendrá de hacerlo en la parte resolutiva de la sentencia [47] ” dada la aprobación del Acuerdo No. 3 del 10 de marzo de 2006, por cuya virtud “los padres de la tutelante pueden vincularse al régimen especial previo el cumplimiento de los requisitos establecidos (..)”.

Se observa entonces que diferentes Salas de Revisión de esta Corte, además de ordenar al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “[definir], a nivel nacional, las condiciones a través de las cuales los padres de los afiliados al Fondo, que no gozan de una pensión y dependen económicamente de sus hijos, podrán acceder al servicio de salud del magisterio, como cotizantes dependientes” y “fijar el costo de la prestación “de acuerdo con los estudios financieros que realice y los demás criterios que considere pertinentes y valorando debidamente los vínculos familiares” , han venido considerando superada la vulneración de los derechos fundamentales de los docentes y sus beneficiarios, dada la expedición de la reglamentación ordenada.

Ahora bien, no puede desconocerse que la asistencia en salud de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de sus familias es un servicio público de carácter obligatorio que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está en el deber de garantizar, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley, como lo disponen los artículos 48, 49 y 338 constitucionales, de tal suerte que esta Sala se aparta de la jurisprudencia planteada en la Sentencia T-015 de 2006, y en las providencias que la reiteran.

Manteniendo así la consistente línea jurisprudencial en la materia, reiterada recientemente mediante la Sentencia C-137 de 2007 –como quedó explicado-, a cuyo tenor contraría la Carta Política “ permitir que una autoridad fije un sistema tarifario en la prestación del servicio de salud sin que ésta misma o la ley que la contiene establezca los sujetos sobre los cuales recae la obligación, la determinación y especificidad de la tarifa y señalamientos de parámetros objetivos para establecer los mínimos y máximos del monto de la tarifa, hace que este indeterminado el sistema y el método para dicha fijación de la tarifa” [48] .

6. Casos Concretos 6.1 Acción de tutela de Adiela Restrepo López contra COSMITET MEDINORTE y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio La señora Restrepo López, afiliada al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, considera vulnerados los derechos a la vida en condiciones dignas de su madre Ana Sofía López de Restrepo, por cuanto su progenitora fue excluida de la prestación del servicio de salud, dado el nacimiento de su bebé de un año de edad.

Aduce la actora que afiliar a la señora López de Restrepo al régimen contributivo, como lo indica la IPS accionada, representa para ella un costo imposible de asumir, dada su condición de madre soltera, la avanzada edad de su madre - 74 años- y el grave estado de salud de la misma, si se considera que está siendo tratada por una úlcera gástrica, agravada por la presencia de una masa abdominal.

El Asesor Jurídico de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales interviene con el propósito de que se niegue la protección, fundado en que en los términos de referencia bajo los cuales la entidad accionada contrató la prestación del servicio de salud a los docentes del departamento del Valle, con la Fiduciaria La Previsora S.A. no prevén la atención de los padres de los afiliados al Fondo accionado, casados y con hijos y la actora es madre de una niña de un año de nacida.

El Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce que dentro de las funciones de la entidad accionada se encuentra la asistencia en salud de sus afiliados y sus familias y así mismo destaca la facultad del Consejo Directivo del Fondo de fijar las condiciones de prestación del servicio y puntualiza que, en ejercicio de sus competencias, el Consejo en mención resolvió excluir a los padres de los docentes casados y con hijos.

Por su parte el juez de tutela deniega el amparo fundado en que para ello existen “otros estrados judiciales”, a la vez que descarta el derecho de la actora a un amparo transitorio, debido a que la señora Restrepo de López no afronta un perjuicio irremediable.

Ahora bien, dadas las disposiciones constitucionales relacionadas con la regulación del servicio público de la salud y las restricciones de no regresividad en la materia, la protección será concedida, en el sentido de disponer que la Corporación accionada continúe prestando a la señora Sofía López de Restrepo el servicio y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantice su prestación, en las condiciones en que la asistencia a los padres de los docentes venía siendo prestada antes de la expedición del Acuerdo No. 4 de 2004, teniendo presente la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación integral de la salud de las personas de la tercera edad –artículos 13, 46 y 49 C.P.- Lo anterior hasta que el Congreso de la República defina, regule y fije los alcances y costos de la prestación y señale el alcance de sus beneficios, fundado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y en el principio de progresividad, contenidos en la Carta Política y en los tratados internaciones sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por tanto la Sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, objeto de revisión en este proceso, habrá de ser revocada, con el fin de proteger los derechos a la vida en condiciones dignas de la señora Ana Sofía López de Restrepo.

6.2 Acción de tutela de Dolores Itza Guevara contra la Fiduciaria La Previsora y la Unión Temporal del Norte La señora Itza Guevara afirma que los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud de su madre están siendo vulnerados, porque dada su condición de mujer casada y madre, la señora Guevara de Itza fue excluida de la asistencia en salud que le venía siendo prestada por la Unión Temporal del Norte.

Afirma la actora que su progenitora se encontraba afiliada a la IPS accionada desde el año 1994 como beneficiaria suya y tenía derecho al cubrimiento del 50% de los tratamientos médicos, entre ellos el necesario para combatir el cáncer de mama y la arritmia cardiaca que la afecta.

De manera que al igual que lo decidido en el asunto anterior, la acción de tutela será concedida, en el sentido de disponer que la Unión Temporal del Norte continúe prestando la atención integral que la señora Guevara de Itza requiere para la recuperación de su salud y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora continúen prestando el servicio, en las condiciones vigentes antes de la expedición del Acuerdo No. 4 de 2004, expedido por el Consejo Directivo de dicho Fondo, velando en todo caso por garantizarle a la madre de la actora la promoción, protección y recuperación integral de su salud, de conformidad con las disposiciones constitucionales y los tratados internaciones de derechos humanos que regulan la materia.

Lo expuesto hasta que el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales y con sujeción a los principios y valores constitucionales regule el asunto y señale los parámetros para establecer los costos y alcances de la prestación.

Siendo así, la Sentencia proferida por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cartagena será revocada, para, en su lugar, confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Civil del Circuito de Magangué, comoquiera que tal como lo considera este último, las entidades prestadoras de servicios de salud no pueden negar la atención que demandan las personas afectadas con enfermedades catastróficas y están en el deber de sujetar sus decisiones a las disposiciones constitucionales a cuyo tenor las autoridades han sido instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, especialmente los relacionados con aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

7. Conclusiones. Corresponde al Congreso de la República y no al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regular el servicio público de la salud Conforme a los antecedentes señalados en esta providencia, el Consejo Directo del Fondo accionado, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 91 de 1989, resolvió excluir de la asistencia en salud, que venía siendo prestada a los padres de los educadores casados y con hijos y, conforme a esos lineamientos, aprobó los términos de referencia que rigen la contratación de servicio público de la salud de los docentes afiliados a la entidad y de sus familias.

Se conoce también que en acatamiento de Sentencias emitidas por Salas de Revisión de esta Corte el citado Consejo modificó la medida, para, en su lugar, establecer las condiciones que los padres de los docentes casados y con hijos deben cumplir para acceder al servicio, con señalamiento de los costos de la prestación y con fijación de un mínimo de permanencia.

Sin embargo las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia en la materia señalan, con claridad, que compete al Congreso de la República, no al Gobierno Nacional y menos al Consejo Directivo del Fondo Accionado, regular la prestación del servicio público de la salud, señalando los parámetros que permiten fijar los costos de la prestación, los mínimos de permanencia y, de ser necesario, la gratuidad del servicio, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y teniendo presente los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

De manera que esta Sala se aparta de la jurisprudencia de las Salas de Revisión de esta misma Corporación, a que se hizo mención, para reiterar el principio de reserva legal en materia de regulación de la seguridad social, en todos los campos, como lo hiciera la Sala Tercera de Revisión, mediante Sentencia T-348 de 1997.

En consecuencia i) se dispondrá que las IPS accionadas continúen prestando el servicio a las señoras Ana Sofía López de Restrepo y Francisca Guevara de Itza, en las condiciones en que éstas venían siendo atendidas, antes de la expedición del Acuerdo N. 4 de 2004, emitido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y hasta que se regule la materia, ii) se exhortará al Congreso de la República, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales regule la asistencia en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de sus familias, para lo cual el Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministerios del ramo, someterá a consideración del legislativo el proyecto correspondiente y iii) se informará a la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, vigile el cumplimiento de esta decisión.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero. Levantar los términos que se encuentran suspendidos. Segundo. REVOCAR la Sentencia adoptada el 1° de febrero de 2006 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Adiela Restrepo López contra COMSMITET MEDINORTE LTDA y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para, en su lugar, ordenar el restablecimiento de los derechos fundamentales de la madre de la actora a la vida en condiciones dignas.

En consecuencia la IPS accionada continuará atendiendo a la señora Sofía Restrepo de López y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantizará la asistencia, de acuerdo con las condiciones y alcances que regían la prestación del servicio de salud a los educadores y a sus familias, antes de la expedición del Acuerdo No. 4 de 2004.

Lo anterior hasta que el Congreso de la República regule la materia, determine sus beneficios y fije los parámetros para determinar los costos del servicio, como corresponde.

Tercero. REVOCAR la Sentencia adoptada el 22 de noviembre de 2005 por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cartagena, dentro de la acción de tutela instaurada por Dolores Itza Guevara contra la Unión Temporal de Norte y la

Fiduciaria La Previsora S.A. y, en su lugar, CONFIRMAR la Sentencia proferida el 22 de septiembre del mismo año por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Magangué, que concede la protección invocada.

En consecuencia la IPS accionada continuará atendiendo a la señora Francisca Guevara de Itza y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantizará la asistencia, de acuerdo con las condiciones y alcances que regían la prestación del servicio de salud a los educadores y a sus familias, antes de la expedición del Acuerdo No. 4 de 2004, hasta que el Congreso de la República regule la materia, tal como se dispone en el numeral anterior.

Cuarto. EXHORTAR al Congreso de la República para que en ejercicio de sus competencias constitucionales regule la asistencia en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de sus familias, para lo cual el Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministerios del ramo habrá de someter a la consideración del legislativo el proyecto correspondiente. Ofíciese al Presidente del Congreso y a los Ministros de Educación y de la Protección Social y remítaseles copia de esta providencia.

Quinto . Disponer que por Secretaría General se remita copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, para que vigile el cumplimiento de la decisión. Ofíciese.

Sexto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Sentencia T-307 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Idem. [3] Sentencia T-785 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis [4] Ley 16 de 1972. [5] Ley 76 de 1968. [6] Sentencia C-1489 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 5. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias SU-623 de 2001, SU-480 de 1997 y C-714 de 1998.

[7] Sentencia C- 790 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández [8] Ibidem [9] Sentencia C- M.P. Alejando Martínez Caballero. En esta oportunidad la Corte declaró exequibles los artículos 215 y 216 de la ley 100 de 1993 [10] Sentencia C-474 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett [11] Sobre el bloque de constitucionalidad en materia de derechos económicos, sociales y culturales se puede consultar, entre otras las sentencias SU-624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1165 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[12] Sentencia C-671 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett [13] Ley 76 de 1968 [14] Ley 319 de 1996. Sentencia C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[15] Ver los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989 (E/CN2/Sub.2/1989/19), 1990 (E/CN4/Sub.2/1990/19), 1991 (E/CN4/Sub.2/1991/17) y 1992 (E/CN4/Sub.2/1992/16).

Ver igualmente las Observaciones Generales adoptadas por el 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- [16] Para consulta de estos principios, ver Human Rights Quaterly, vol 9, No 2, |987, pp 121 y ss.

[17] Sentencia C-251 de 1997 ya citada. [18] Mediante Sentencia C-1165 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet fue declarado exequible el vocablo “activo, contenido en el parágrafo 3 del artículo 24 del Decreto ley 1795 de 2000, en el entendido de que, de conformidad con lo señalado en el fundamento 13 de esta sentencia, pueden continuar siendo beneficiarios del SSMP, los padres del oficial o suboficial que haya dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y haya pasado a ser pensionado, siempre y cuando estos oficiales hayan ingresado al

servicio con anterioridad a la expedición de los decretos 1211 del 8 de junio de 1990 y 096 del 11 de enero de 1989 respectivamente, y sus padres demuestren que no tienen la posibilidad de ser beneficiarios de ningún otro sistema de seguridad social en salud ”.

[19] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000. [20] Sentencia C-173 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[21] “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” . Al respecto consultar las Sentencias C-084 y 402 de 1999, C-489, C-954 y C-1188 de 2000.

[22] El Decreto 2563 de 1990 reglamenta la Ley 89 de 1990, en lo relativo al pago de las prestaciones sociales de los docentes y el Decreto 2770 de 1990 lo hace respecto de los pagos que el Gobierno Nacional y las Cajas de Previsión de los departamentos deben girar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, de acuerdo con la Ley 43 de 1975, el Decreto Legislativo 232 de 1983 y la Ley 12 de 1986.

[23] Decreto 1775 de 1990. [24] Sentencia C-137 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. [25] Sentencia C-137 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. [26] Sentencia T- 348 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[27] Idem. [28] Sentencia C-137 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. El artículo 42 de la Ley 812 de 2003, disponía: “Sistemas Tarifarios. El Gobierno Nacional –Ministerio de Protección Social- establecerá un sistema de tarifas mínimas para la prestación de servicios de salud” .

[29] Sentencia C-137 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. [30] Sentencia C-089 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [31] Decreto reglamentario 1703 de 2002 [32] Sentencia T-267 de 2006 y, en igual sentido, Sentencia T-594 del mismo año, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[33] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [34] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [35] Sentencia T-415 de 1998 M.P: Alejandro Martínez Caballero [36] M.P. Rodrigo Escobar Gil. En la oportunidad que se reseña las decisiones de instancia, en cuanto negaban el amparo fueron confirmadas i) porque “ la accionante tiene a su disposición otras alternativas, que, si bien no son de naturaleza judicial, sí ofrecen una defensa idónea y cierta de sus intereses y derechos. Así, puede acudir ante la Superintendencia de Salud o a la entidad encargada de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del mencionado contrato, con el fin de que determinen la verdadera observancia de las obligaciones derivadas del mismo”, ii) debido a que las dolencias de la madre de la accionante “no [parecen] revestir ninguna gravedad, no solo porque la actora no la refiere, sino además, por cuanto de las pruebas aportadas al proceso no se deduce” y iii) a causa de que el hijo de la accionante, no había acreditado ante la accionada “el cumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato de prestación de servicios suscrito con el Fondo Nacional del Magisterio (..)” .

[37] M.P. Rodrigo Escobar Gil [38] Consultar al respecto los Decretos reglamentarios 806 de 1998 y 47 de 2000. [39] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [40] En efecto, Celmira Ospina de Valdés cuenta con 73 años de edad (expediente T-1197713); María Delfina Enogoba de Aponte tiene 69 años (expediente T-1214412); y Ana Sixta Muñoz de Franco tiene 80 años (expediente T-1224244) .

[41] En sentencia C-174 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía, se dejó claro que: "El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares".

[42] Precisamente, la Corte se pronunció sobre demandas de tutela elevadas por docentes de esos departamentos, a cuyos padres se les retiró la calidad de beneficiarios, en las sentencias T-351 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T-905 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil [43] 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.

[44] Auto 118 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [45] En igual sentido las Sentencias T- 153 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-228 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-267 y T-594 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[46] Sentencia T-442 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido Sentencias T-515A T-573, T-602 M.P. Rodrigo Escobar Gil. [47] Sentencia T-1028 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[48] M.P. Jaime Araujo Rentería.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 13 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.