

Fecha de recepción
del artículo:
15 de agosto del 2012

Fecha de aceptación
del artículo:
6 de noviembre del 2012

Incidencia de la jurisprudencia constitucional en el régimen de salud del magisterio¹

The influence of constitutional jurisprudence on the health regime of the teacher's body

Hugo Medina-Chávez*
Cristina Rosero-Arteaga**

Resumen

Si bien la Ley 100 de 1993 reconoció como exceptuado el régimen de salud del magisterio oficial, para preservar derechos adquiridos y expectativas legítimas, la práctica ha evidenciado vacíos normativos sobre los mínimos de cobertura de servicios médico-asistenciales y financiación del sistema, que afectan la protección en salud de los afiliados. La Corte Constitucional ha exhortado insistentemente al Congreso sobre la expedición de la regulación ausente, sin lograr resultado, por lo cual, la misma Corte adoptó un papel regulador mediante su

.....
Cómo citar este artículo: Hugo Medina-Chávez & Cristina Rosero-Arteaga. *Incidencia de la jurisprudencia constitucional en el régimen de salud del magisterio*. Revista DIXI. Diciembre 2012. At. 100.

¹ Este artículo es resultado de los avances del proyecto de investigación en curso titulado “Alcances normativos y jurisprudenciales de la protección al derecho a la salud del régimen exceptuado del magisterio oficial”, adelantado por la línea de investigación en dogmática jurídica del grupo de investigación “La Minga” (Categoría B en Colciencias) de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto.

* Abogado de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. Correos electrónicos: hugo.medinac@campus.ucc.edu.co, hugogreco1985@hotmail.com

** Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente investigadora y directora del Centro de Investigaciones de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. Correo electrónico: cristina.rosero@ucc.edu.co

jurisprudencia, extendiendo analógicamente la base normativa y los beneficios del régimen general, con el fin de proteger los derechos fundamentales de sus afiliados.

Palabras clave

Derecho a la salud, Corte Constitucional, jurisprudencia, omisión legislativa, regímenes exceptuados.

Abstract

Even though law 100 of 1993 recognized the health regime of the body of official teachers as an exception seeking to preserve their acquired rights and legitimate expectations, practice has shown regulatory gaps on minimum health service coverage and in the financing of the health care system that affect the health protection of the members of this body. The Constitutional Court has repeatedly urged Congress on the necessity of issuing the missing regulations without result. As a consequence, the Court has adopted a regulatory role through its jurisprudence, analogically extending the benefits of the regulatory and general arrangements in order to protect the fundamental rights of its members.

Keywords

Right to health regimes, Constitutional Court, jurisprudence, legislative omission, excepted regimes.

■ Introducción

El régimen de salud del magisterio oficial colombiano se enfrenta —al igual que otros regímenes especiales y exceptuados definidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993— a una tendencia política y financiera dirigida a unificar el sistema de seguridad social y procurar la desaparición de dichos regímenes, que se sirve de los mecanismos constitucionales y legales para tal fin.² Pese a que la exceptualidad se justificaba en la medida en que los regímenes especiales garantizaban mejores derechos y beneficios que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la realidad, después de veintitrés años de existencia del régimen

magisterial, este se ubica en una posición normativamente menos privilegiada y más compleja.

En virtud de que la regulación de los servicios médico-asistenciales del régimen exceptuado ha sido atribuida a las directrices administrativas del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), el legislador se ha marginado de su deber regulador, haciendo que —frente a los vacíos legales— los afiliados del régimen acudan a la interposición de acciones constitucionales, que, como la tutela, permitan ampliar y llenar los vacíos que presenta el régimen. Por tanto, un estudio pormenorizado de las sentencias de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional evidencia las falencias de un sistema de salud cuyos usuarios a nivel nacional ascienden a 933.752 para el 2012, según las cifras expuestas en las licitaciones públicas.³

² Esta tendencia unificadora puede observarse con la expedición del acto legislativo 01 del 2005, en virtud del cual se modificó el artículo 48 de la CP señalando que a partir de su vigencia no habría regímenes especiales ni exceptuados; por su parte, la Ley 812 del 2003 “Plan de desarrollo 2003-2006” en su artículo 81, unificó el sistema pensional de los docentes oficiales, quienes pasaron a regirse por la Ley 100 de 1993 y normas afines.

³ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Proceso de selección abreviada SA - FNPSM 001 de 2012. Apéndice 1A. Población por grupo etario y zona geográfica (23 de mayo del 2012). <http://www.fomag.gov.co/Noticias/Noticia.aspx?IdNoticia=137> (5 agosto, 2012).



El panorama anterior conllevó a plantear el proyecto de investigación titulado “Alcances normativos y jurisprudenciales de la protección del derecho a la salud en el régimen exceptuado del magisterio oficial en Colombia”, para cuyo desarrollo se plantearon los siguientes objetivos específicos: i) analizar el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto a la protección del derecho a la salud en el régimen exceptuado; ii) identificar la estructura administrativa del régimen exceptuado frente al sistema general de salud, y iii) comparar la regulación de los servicios médico-asistenciales y económicos de salud cubiertos en ambos regímenes.

Este artículo presenta los primeros resultados relacionados con la revisión de las sentencias de tutela expedidas por la Corte Constitucional entre 1997 y el 2012, estudio que se muestra en dos acápitos: i) El régimen exceptuado de salud del magisterio oficial y su regulación incompleta, cuyo eje central gira alrededor de la identificación de la estructura del régimen y la falta de regulación legal, y ii) El papel regulador de la jurisprudencia constitucional frente al régimen de salud del magisterio, determinando cómo la jurisprudencia constitucional ha llenado los vacíos legales que presenta el régimen. Posteriormente se esbozarán las conclusiones parciales de la investigación, resaltando el devenir del sistema exceptuado de salud del magisterio.

■ Metodología

La presente investigación es jurídica y se desarrolla de acuerdo con una metodología enmarcada dentro del paradigma cualitativo-interpretativo, de tipo hermenéutico, debido a que pretende un proceso de interpretación mediante la revisión de los alcances dados a la cobertura de protección

del derecho a la salud de los afiliados al régimen excepcional del magisterio oficial por vía jurisprudencial en virtud tanto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como de la normatividad vigente que regula la estructura, los servicios médico-asistenciales y los servicios de salud cubiertos tanto por el régimen general como por el régimen exceptuado.

Para tal fin, en el presente artículo se expone la normatividad y la doctrina referente al régimen excepcional, para luego fijarse en la revisión realizada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuyo problema jurídico versa sobre los alcances del régimen exceptuado de salud del magisterio oficial como fuente primaria, mediante fichas jurisprudenciales.

■ Resultados

El régimen exceptuado de salud del magisterio oficial y su regulación incompleta

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 se estableció el Sistema General de Seguridad Social en Colombia (SGSS), que comprende los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y beneficios complementarios. El inciso segundo del artículo 279 de la misma norma reconoció algunos regímenes exceptuados, entre los que se encuentran los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza hace que sus titulares se encuentren excluidos de la aplicación del régimen general, teniendo como finalidad respetar aquellos derechos adquiridos y expectativas legítimas a partir de regulaciones previas a la expedición de la ley, y bajo el entendido de que: (i) los derechos en salud contengan beneficios y condiciones

superiores a los que rigen para los demás afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la dicha ley, y a su vez que (ii) en ningún caso consagre un tratamiento discriminatorio o menos favorable al que se otorga a los afiliados al sistema integral general.⁴

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, la administración del régimen de salud del magisterio se encuentra a cargo del Fomag, el cual se creó “como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta”.⁵ Administrativamente, el Fomag está direccionado por un Consejo Directivo,⁶ cuyas funciones fueron reglamentadas en el Decreto 2831 del 2005, el cual consagró la conformación y el funcionamiento de los Comités Regionales de Salud en cada ente territorial certificado.⁷

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 2006. (M.P. Clara Inés Vargas; 27 de julio de 2006e) P. 45.

⁵ Ley 91 de 1989. Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 29 de diciembre de 1989. DO No. 39.124.

⁶ Al tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley 91 de 1989, el Consejo Directivo se encuentra integrado por el ministro de Educación Nacional, el ministro de Hacienda y Crédito Público, el ministro de Trabajo, dos representantes del magisterio designados por la organización gremial que a nivel nacional agrupe el mayor número de docentes afiliados, y por el gerente de la entidad fiduciaria que se contrate, quien tendrá voz pero no voto (Ley 91 de 1989).

⁷ De acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2831, los Comités Regionales de Salud se encuentran conformados

En la actualidad, la fiduciaria que administra los recursos del Fomag es La Previsora S.A., entidad a la que le corresponde realizar la contratación de las entidades para la prestación de los servicios médico-asistenciales, por medio de licitaciones públicas de acuerdo con los procedimientos de contratación estatal. Hasta el momento se han realizado únicamente dos licitaciones para la contratación de los servicios médico-asistenciales por parte de La Previsora S.A., una en el 2008 y la segunda en la vigencia de 2011-2012.

A pesar de que la exceptualidad del régimen fue reconocida por la Ley 100 de 1993, no existe un cuerpo legal que lo regule, pues, a pesar de intentos como el “Modelo Mejorado de Salud”, impulsado por el Ministerio de Educación Nacional⁸ (2005), se trata de un asunto de reserva legal que está en cabeza exclusiva del Congreso de la República. La ausencia absoluta de una regulación legal ha hecho que no se reglamente quién tiene la competencia constitucional sobre aspectos relevantes de un sistema de salud —como los relacionados con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), la financiación del sistema, los servicios básicos, los beneficiarios directos y

por el secretario de Educación de la entidad territorial, el jefe de personal de la Secretaría de Educación, un rector de una institución educativa, y un representante de la asociación sindical que reúna el mayor número de educadores dentro de la entidad territorial (Decreto 2831 del 2005 del Ministerio de Educación Nacional. Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones. Agosto 16 del 2005. DO No. 46.003).

⁸ Ministerio de Educación Nacional. Modelo mejorado de salud para el magisterio. Ed. Imprenta Nacional. (2005).

adicionales, los procedimientos para acceder a los servicios— como sí se reglamenta en el sistema general, por ejemplo, a través de la Ley 1438 del 2011, la unificación de un plan de atención como el Plan Obligatorio de Salud (POS). Lo anterior permite inferir que el modelo de contratación y administración del sistema del magisterio resulta obsoleto y transita por la vía de la ilegalidad,⁹ y, por ende, la falta de regulación ha generado dificultades en la correcta protección del derecho a la salud de los afiliados, las cuales pueden identificarse en dos grandes aspectos, a saber:

- Cobertura de servicios médico-asistenciales sometida a la expedición de actos administrativos —como los Acuerdos del Consejo Directivo del Fomag— y a la negociación contractual entre la fiduciaria y las IPS.
- Los afiliados y beneficiarios del régimen deben someterse a tener acceso únicamente a los servicios consagrados en los Acuerdos expedidos por el Consejo Directivo del Fomag, a los pliegos de condiciones y contratos celebrados entre la Fiduciaria y

⁹ Esto se evidencia aún más después de revisar los términos de referencia de la actual convocatoria 2011-2012 en proceso de selección LP-FNPSM-003-2011, pues para esta licitación abreviada el Consejo Directivo del Fomag expidió el Acuerdo No. 06 de noviembre 1 del 2011, y en los pliegos de condiciones el Fomag no reglamentó lo relacionado con la afiliación de beneficiarios adicionales como lo hace la Ley 100 de 1993 y sus normas afines, y enfatizó que el plan de atención en salud de los educadores se supedita a los acuerdos —actos administrativos— que expide el Consejo Directivo del Fomag, de tal manera que este hecho es una manifestación de las limitaciones del sistema, fruto de la falta de legislación por parte del Congreso.

las IPS de cada región. En algunos aspectos el régimen presenta un trato desigual y discriminatorio, puesto que los servicios y beneficios que cubre son inferiores a los que se consagran en el régimen general de seguridad social en salud y, por ende, al desconocer principios tales como el de universalidad, favorabilidad, continuidad, progresividad, integridad y libre escogencia, se ha provocado en sus afiliados la necesidad de acudir a la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios no contemplados. Se resalta, además, que en el modelo administrativo y de contratación que maneja el Fomag no se consagran como base normativa principios destinados a la correcta prestación del servicio, en comparación con los que gobiernan el SGSS o los desarrollados por la jurisprudencia constitucional, siendo que la base teleológica se centra en la aplicación de los principios de contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993 y en normas afines.

- Las desventajas normativas. Al comparar el SGSS en salud concebido en la Ley 100 de 1993, su profusa normatividad reguladora y el vasto precedente jurisprudencial, posicionan desventajosamente al régimen exceptuado del magisterio, en la medida en que este no cuenta con una regulación legal unificadora y homogénea, sumado a los fallos de tutela que pueden llegar a desfinanciar y acabar con este, lo que incidirá probablemente en sacrificar los derechos gremiales y las ventajas que ofrece para adecuarlo finalmente al SGSS.

El cuerpo normativo que regula el régimen exceptuado en salud del magisterio se encuentra conformado por:

- La Ley 91 de 1989, expedida por el Congreso de la República, en virtud de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.¹⁰
- El artículo 56 de la Ley 962 del 2005.¹¹
- El Decreto 2831 del 2005, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 del 2005, referente a los trámites administrativos y la creación de los Comités Regionales de Salud.¹²
- El Decreto 1011 del 2006, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

referente al sistema de habilitación de los servicios.¹³

- Los acuerdos expedidos por el Consejo Directivo del Fomag, tales como el 04 del 2004,¹⁴ el 013 del 2004,¹⁵ el 03 del 2006,¹⁶ el 02 del 2008¹⁷ y el 06 del 2011.¹⁸
- La Ley 80 de 1993 de contratación estatal y normas afines.

En esta medida, se identifican como normas legales expedidas por el Congreso de la República

¹⁰ Ley 91 de 1989. Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 29 de diciembre de 1989. DO No. 39.124.

¹¹ Ley 962 del 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Julio 8 del 2005. DO No. 46.023.

¹² Decreto 2831 del 2005. Ministerio de Educación Nacional. Por medio del cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 del 2005, referente a los trámites administrativos y la creación de los Comités Regionales de Salud. Agosto 16 del 2005. DO No. 46.003.

¹³ Decreto 1011 del 2006. Presidencia de la República. Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Abril 3 del 2006. DO No. 46.230.

¹⁴ Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 4. (22 de julio del 2004). http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-85813_archivo_pdf.pdf (2 abril, 2012).

¹⁵ Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 13. (30 de diciembre de 2004) Inédito.

¹⁶ Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 3. (10 de marzo del 2004) Inédito.

¹⁷ Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 2. (4 de julio del 2008). http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-163371_recurso_1.pdf (2 abril, 2012).

¹⁸ Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 6. (1 de noviembre del 2011). <http://www.fomag.gov.co/documents/CONVOCATORIA%20003%20DE%202011/ACUERDO%20No%206%20FNPSM.PDF> (5 abril, 2012).



la Ley 91 de 1989 —que no regula los parámetros que un régimen de salud demanda—, la Ley 962 del 2005 y el Decreto 2831 del 2005 —que corresponden a situaciones administrativas de descongestión—, y la Ley 80 de 1993 y normas afines, que regulan aspectos de contratación estatal. Se tiene, además, que los decretos y actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional, no son normas expedidas por el legislador, lo que denota de manera evidente la omisión del legislativo.

Lo anterior lleva a la preocupación de las limitaciones y negaciones del servicio a las que se enfrentan los afiliados, ya que, a pesar de que en el 2005 se estableció el “Modelo Mejorado de salud del Magisterio” —en virtud de las decisiones administrativas consagradas en los acuerdos 04 y 013 expedidos por el Consejo Directivo del Fomag— y a la constante exigencia por parte de la Corte Constitucional de no desconocer los mínimos del régimen general en el régimen exceptuado, tales directrices se desconocen al momento de determinar los pliegos de condiciones para realizar la contratación de las IPS, suscitándose problemas como la:

[...] regionalización del servicio, la disminución de sedes exclusivas, el recorte a la frecuencia de uso, la asignación de contratos a más de una ut por región (región 1 y 2), el no reconocimiento de los gastos de transporte, la disminución de recursos asignados a la contratación.¹⁹

Lo anterior genera una situación de desventaja que presiona tanto a las organizaciones sindicales

¹⁹ Diana Milena Peñuela & Víctor Manuel Rodríguez. *La cuestión docente. Colombia: los estatutos docentes*. Foro Latinoamericano de Políticas Educativas (Flape). Pág. 82. Ed. Libros Flape. (2008).

como a los afiliados a renunciar al régimen exceptuado, por lo que estos se ven obligados a asumir la defensa de los beneficios²⁰ de dicho régimen, a pesar de que este no contemple los servicios médico-asistenciales mínimos del sgss en salud.

El papel regulador de la jurisprudencia constitucional frente al régimen de salud del magisterio

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de regular y llenar los vacíos estructurales y legales que presenta el régimen exceptuado en salud del magisterio oficial, crítica esta que trae a discusión aquellos debates jurídicos en los que se trata de definir si la Corte Constitucional —por medio de sus fallos de constitucionalidad, unificación y tutela— entra a regular aspectos de reserva legal del Congreso.

²⁰ Como señalan Peñuela y Rodríguez (*Op. cit.*), a partir de la expedición en el 2004 del “Modelo Mejorado de salud del Magisterio” como política pública del Ministerio de Educación Nacional, los beneficios del sistema, al menos teóricamente, son:

Entre otros aspectos, en teoría: mantiene todas las excepciones del sistema actual del magisterio; no tiene periodos mínimos de cotización; tiene cuotas moderadoras; no tiene copagos; conserva todos los beneficios actuales y garantiza su nivelación por lo alto para todos los docentes y en igualdad de servicios para todas las regiones del país; ofrece al maestro la posibilidad de escoger entre 2 o 3 empresas; la organización de salud que desea le presten sus servicios médico-asistenciales y de prevención enfatiza la administración del sistema de riesgos profesionales del magisterio y los programas de salud ocupacional específicos para la profesión docente; además, no elimina ningún beneficio actual.

Diego López Medina ha llamado *nuevo derecho* a esta labor de creación interpretadora de la Corte Constitucional, en el sentido de que se superan las tendencias formalistas del derecho en el ordenamiento colombiano, que entiende al juez constitucional como un mero aplicador de la norma, dando paso a la posibilidad de crear formas discursivas que obedezcan a la interpretación de la Constitución en contextos específicos.²¹

Por tanto, el estudio del régimen de salud del magisterio, visto a través de la jurisprudencia constitucional, permite inferir que esta ha sido la que ha impulsado —a través de la aplicación de los principios de universalidad, progresividad y continuidad— la unificación del régimen, sin que pueda predicarse aún su homogeneidad. La incidencia de la jurisprudencia ha sido tal, que en no pocos pronunciamientos ha venido exhortando a las autoridades competentes para la unificación normativa del sistema.

Los pronunciamientos jurisprudenciales se identifican por medio de los fallos de tutela presentados entre 1997 y el 2012, en los que la Corte se ha loado en definir que existe un tratamiento diferenciado y discriminatorio para los beneficiarios del régimen exceptuado del magisterio, puesto que los servicios que ofrece el sistema quedan librados a la decisión discrecional de un órgano administrativo mediante la expedición de actos administrativos —como los acuerdos del Consejo Directivo del Fomag— o de una negociación contractual a través de los contratos celebrados entre las IPS y la entidad fiduciaria.

La Corte Constitucional sienta su primer pronunciamiento a partir de la Sentencia T-348 de 1997, en la cual se estudia el caso de una joven

de 21 años en situación de discapacidad, a quien, pese a su condición de hija de una docente afiliada y su evidente dependencia económica, le fue negada la prestación del servicio de salud, sustentando que sólo podía considerarse beneficiaria hasta los 18 años. En ambas instancias, la acción fue negada. La Corte decide revocar las decisiones y declarar improcedente la acción de tutela, debido a que no encontró afectación al mínimo vital de la accionante al encontrarse afiliada a medicina prepagada.

Aunque el caso anterior no requirió la protección de derechos fundamentales de la accionante, el pronunciamiento evidencia por primera vez los vacíos legales del régimen, al denominar estas avenencias como verdaderas “incertidumbres jurídicas”, puesto que dejar al arbitrio de posturas administrativas y contractuales el régimen de salud del magisterio genera una situación de inseguridad jurídica y perpetúa un desamparo a sectores poblacionales que no se compagina con la garantía de los derechos fundamentales.²²

La sentencia citada resulta esencial como quiera que es el primer precedente en el que —de manera aún tímida— la Corte llama la atención para que el Congreso y el Consejo Directivo del Fomag reflexionen sobre el sistema, y endilga a las autoridades competentes para promover acciones que conduzcan a la definición legal de un sistema que consulte los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución, “aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia a algún privilegio gremial”.²³

²¹ Diego López Medina. *Teoría impura del derecho*. Ed. Legis. (2004).

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-348 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 29 de julio de 1997).

²³ Ídem.

Pese a que la exhortación la realizara la Corte Constitucional en 1997, sólo hasta el 2004 el Consejo Directivo del Fomag expidió los acuerdos 04 y 13 del 2004, con los cuales unificó a nivel nacional los servicios y beneficiarios del servicio de salud, mismos que fueron parámetros generales para las licitaciones y contratos celebrados entre la entidad fiduciaria y las IPS a nivel nacional; sin embargo, el legislador nada reguló, omitiendo la exhortación dada por la Corte.

En Sentencia T-508 del 2005 se decide el caso de una madre en octavo mes de embarazo afiliada al Fomag, a quien le fue negado el servicio de salud para controles prenatales debido a que no fue reportada dentro de la base de datos de usuarios activos por parte de la fiduciaria La Previsora. En este pronunciamiento se resalta la necesidad de dar aplicación al principio de continuidad del servicio por encima del incumplimiento de las obligaciones de índole administrativo.²⁴

Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-1163 del 2005, en la que una docente con enfermedades que disminuían su capacidad laboral en un 85% solicita continuidad en los servicios de salud, debido a que la IPS suspendió la prestación de dichos servicios mientras se realizara el trámite de la pensión de invalidez. Nuevamente la Corte se sirve del principio de continuidad para sustentar la protección del derecho a la salud de la accionante creando mayores alcances en el régimen exceptuado.²⁵

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-508 del 2005 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis: 19 de mayo de 2005).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1163 del 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: 17 de noviembre de 2005).

Posteriormente, las dificultades derivadas de la sujeción del régimen de salud al arbitrio de decisiones administrativas y contractuales, fueron objeto de estudio de la Corte en diversas acciones de tutela, siendo la Sentencia T-015 del 2006 una de las más reiteradas por la misma jurisprudencia constitucional, ya que en ella se revisan los referenciados acuerdos No. 4 y No. 13 del 2004, expedidos por el Consejo Directivo del Fomag, puesto que estos actos administrativos cambiaron súbitamente los beneficios del sistema de salud del régimen exceptuado, al punto de que los padres de los docentes que habían sido beneficiarios del sistema y que venían siendo tratados por las entidades de salud fueron desafiliados, quedando a la deriva sus derechos prestacionales.²⁶

Si bien la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir un acto administrativo —acuerdos expedidos por el Consejo Directivo del Fomag—, en la sentencia mencionada la Corte inclinó su postura a determinar que si bien la ley había facultado al Consejo Directivo del Fomag para establecer los beneficiarios y servicios del régimen de salud, si se lo comparaba en salud con el sgss —señalado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993 que establece los cotizantes adicionales— el régimen exceptuado resultaba ser menos favorable. En suma, la Corte recalcó que aún cuando no le correspondía llenar el vacío normativo puesto que no es apropiado reproducir las normas del régimen general, sí decidió ordenar al Consejo Directivo del Fomag para que dentro del término de un mes a partir de la notificación del fallo definiera a nivel nacional las condiciones en virtud de las cuales los padres puedan acceder al servicio

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 del 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza: 25 de enero de 2006).

como cotizantes adicionales; además exhortó al Consejo Directivo para que examinara la posibilidad de extender esta figura a otros familiares próximos a los docentes afiliados, no solamente a los padres.²⁷

De esta manera, a partir de la sentencia T-015 del 2006, la Corte dejó de endilgar responsabilidad al legislativo e impulsó a que el Fomag regulara mediante la expedición de actos administrativos la cobertura del régimen. Sin embargo, en el fallo de tutela la Corte se amparó en los principios de continuidad y progresividad para que las entidades de salud continuaran prestando los servicios a los padres hasta tanto el Consejo Directivo regulara la materia, por lo que bien se afirma, la jurisprudencia reguló a través de su fallo un vacío normativo.

Atendiendo los parámetros esbozados por la Corte Constitucional durante el tiempo en que el Consejo Directivo del Fomag atendió la orden impartida en la Sentencia T-015 del 2006, los fallos de tutela se inclinaron en su mayoría a continuar prestando los servicios a los beneficiarios excluidos retomando los principios de continuidad y progresividad, y sólo fue mediante la expedición del Acuerdo No. 03 del 10 de marzo del 2006 cuando se reglamentó la afiliación exclusiva de los padres como cotizantes adicionales, desatendiendo la posibilidad de estudiar —como lo hace el régimen de la Ley 100 de 1993 y lo exhortara la Corte en la Sentencia T-015 del 2006— la inclusión de otros beneficiarios adicionales.

Desde la expedición de la Sentencia T-015 del 2006 hasta antes de la publicación de la Sentencia T-418 del 2007, existieron pronunciamientos reiterativos. En la Sentencia T-228 del 2006(b) se

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-228 del 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 6 de abril de 2006b).

revisan los expedientes acumulados de varios actores, todos en su condición de padres de docentes afiliados al régimen exceptuado, quienes solicitan la protección de sus derechos fundamentales, debido a que —de manera súbita en aplicación de los acuerdos No. 4 y 13 del Consejo Directivo del Fomag, los cuales establecían que los padres no pueden ser afiliados si el docente no es soltero y sin hijos— sus tratamientos fueron interrumpidos. La Corte, citando la Sentencia T-015 del 2006, tuteló los derechos fundamentales bajo el argumento de que se debía prestar el servicio a los padres de los afiliados no obstante los acuerdos mencionados no los habilitaban para ser beneficiarios, ello con ocasión del principio de continuidad por haber sido atendidos anteriormente, así como del principio de favorabilidad, debido a que la regulación de los acuerdos resultaba ser menos garantista en salud que el sgss.²⁸

Este criterio se reitera en las Sentencias T-267 del 2006,²⁹ T-573 de 2006³⁰ y T-594 de 2006,³¹ pues de su estudio se infiere que la Corte mantuvo una línea argumentativa homogénea al enfatizar que la regulación del sistema de salud del magisterio se encontraba supeditada a la decisión adminis-

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 del 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza: 25 de enero de 2006a).

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-267 del 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: 6 de abril de 2006c).

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-573 del 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 19 de julio de 2006d).

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 2006 (M.P. Clara Inés Vargas: 27 de julio de 2006e).



trativa del Consejo Directivo del Fomag, pero que tal facultad no podría convertirse en patente de curso para que, en virtud de los acuerdos No. 4 y 13, se desafiliera a los padres como beneficiarios de los docentes afiliados al Fomag, máxime cuando se trataba de personas de la tercera edad, dependientes económicamente de sus hijos y con tratamientos médicos en curso. Por tanto, atendiendo el precedente, la Corte decidió que los acuerdos debían dejarse de aplicar en aras de proteger los derechos a la salud de los actores.

Sin embargo, fue sólo a partir del 2007 cuando se denotó un cambio jurisprudencial, ello en virtud de la ya referida sentencia T-418 del 2007, en la que se estudió nuevamente la afiliación de los padres como cotizantes adicionales. Aunque ya existía el Acuerdo 03 del 10 de marzo del 2006, en esta sentencia la Corte Constitucional determinó que existía una reserva legal en materia de seguridad social a la luz de convenios internacionales, parámetros constitucionales y legales³² estudiados entre otras en la sentencia C-137 del 2007, en la que unificó el criterio de reserva legal del Congreso para regular el sistema de salud, de tal manera que la determinación de las condiciones del sistema son un asunto de reserva legal que no puede quedar al margen de la discrecionalidad de un órgano de la administración y al resultado de negociaciones sindicales. La Corte enfatizó:

[...] 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

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 418 del 2007 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis: 24 de mayo de 2007).

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 [...] 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 1997.³³

La decisión tomada en esta Sentencia es la de amparar los derechos fundamentales de los padres como beneficiarios del sistema, manteniendo las condiciones que venían recibiendo, pero la trascendencia de la Sentencia radica en que la Corte ordenó:

[...] se exhortará al Congreso de la República para que en ejercicio de sus competencias

³³ Ídem.

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.³⁴

Lo anterior quiere decir que desde la expedición de la Ley 91 de 1989 —que creó el Fomag—, pasando por la excepción consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, hasta la actualidad, existe una omisión por parte del legislador respecto de la regulación y unificación legal del sistema, siendo que las licitaciones públicas realizadas por el Fomag y la fiduciaria La Previsora —con las que se regulan, entre otros, aspectos tales como los beneficios, las cotizaciones, los servicios, los beneficiarios y afiliados del sistema— transitan por la vía de la ilegalidad como quiera que desatienden un mandato constitucional y legal, y desavienen la exhortación dada en la jurisprudencia constitucional.

En la Sentencia T-644 del 2010 se estudió el caso de una docente a quien la IPS le había suspendido un tratamiento de fertilización de óvulo in vitro pese a que dicho tratamiento era excluido del plan de salud del magisterio, pero, como este había sido autorizado en virtud del principio de continuidad, la entidad tendría la obligación de continuarlo. En esta sentencia la Corte recalca que el régimen exceptuado del magisterio no es homogéneo, e insiste respecto de la omisión en la

³⁴ Ídem.

que ha incurrido el Congreso, pero analiza que, al igual que el régimen general, el plan de beneficios de salud puede ser limitado. Sin embargo, bajo la aplicación del principio de universalidad y analogía, la Corte define que las subreglas jurisprudenciales esbozadas en el régimen general respecto de la prestación de los servicios son aplicables al régimen exceptuado, así:

[...] las anteriores subreglas resultan plenamente aplicables, por vía analógica, a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.³⁵

Por último, en la Sentencia T-433 del 2012, la Corte estudió el caso de una persona de menos de 25 años de edad a quien, siendo beneficiaria del sistema de salud del magisterio, le fue negado y suspendido su tratamiento médico, pues había acreditado mediante una certificación que estaba realizando una judicatura *ad honorem* para obtener el título de abogada, y sin embargo, para la entidad de salud —y conforme al contrato de prestación de servicios y a los términos de referencia de la convocatoria 001 del 2008— se requería acreditar los estudios mediante el recibo de pago y matrícula del periodo que cursaba para poder seguir siendo beneficiaria del régimen. Para la

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-644 del 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 19 de agosto de 2010).



Corte Constitucional, la judicatura *ad honorem* implicaba mantener la calidad de estudiante conforme a la literalidad de la Ley 522 de 1999, por lo que debían mantenerse los beneficios de salud. En esta ocasión la Corte ordenó inaplicar las disposiciones del régimen, así:

[...] por las razones expuestas, se hace imperativa la necesidad de inaplicar la normatividad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³⁶ (Folio 32, Cuaderno 2) que prevé: [...] Para acreditar la calidad de estudiante de los hijos entre 19 y 25 años, que dependen económicamente del afiliado y que cursen estudios formal y de educación para el trabajo y desarrollo humano, con base en lo establecido en el decreto 2888 de 2007, previa presentación de recibo y pago de matrícula de periodo que se curse [...] la exigencia de dicho requisito como único medio de prueba de la categoría de estudiante se aprecia como una condición desproporcionada para acceder a la prestación del servicio público de salud, lo que sin duda se deriva en una vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida de la accionante.³⁷

De lo anterior se deduce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sede de tutela reguló los siguientes vacíos normativos: i) otorgó

al régimen los principios que regulan al SGSS en salud previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas afines —tales como el de eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad, unidad, continuidad, progresividad—, pues los acuerdos del Fomag, los pliegos de condiciones, y los contratos celebrados con las IPS no los definen y no los consagran como base normativa y teleológica; ii) llenó el vacío normativo respecto de la vinculación de los padres como beneficiarios adicionales, ordenando continuar prestando el servicio hasta que se regulara la materia; iii) reguló el vacío normativo respecto de la afiliación de los hijos en su calidad de beneficiarios; iii) otorgó reglamentación respecto de la continuidad en la prestación de servicios y la no interrupción de tratamientos médicos mediante la orden de aplicar las reglas jurisprudenciales dadas en el sistema general de salud; y, iv) aún cuando no declaró la inconstitucionalidad de los acuerdos del Consejo Directivo del Fomag, por no ser leyes propiamente dichas sino actos administrativos, sí ordenó su inaplicabilidad en aquellos eventos que contraríen los principios del sistema general de salud, principios que fueron incorporados al régimen por la extensión de la jurisprudencia.

Este papel regulador de la jurisprudencia constitucional se evidenció al mismo momento en que la Corte Constitucional exhortaba al Congreso de la República para la expedición de las leyes que regulen el sistema; sin embargo, la evidente omisión legislativa que se caracteriza por ser absoluta, ha generado las siguientes situaciones: i) que la Corte no pueda realizar control de constitucionalidad respecto de las normas que rigen el sistema exceptuado de salud del régimen docente por la inexistencia de las mismas; ii) la inexistencia de sentencias de constitucionalidad cuyo efectos *erga omnes* conllevaron al fenómeno

³⁶ Contrato de prestación de servicios médico-asistenciales No. 1122-09-2008, del cual forman parte integral los Términos de Referencia de la Convocatoria Pública No. 001 del 2008, ítem 2.10 – Grupo Familiar.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-433 del 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 12 de junio de 2012).

jurídico de otorgar a las sentencias de tutela, cuya naturaleza es *inter partes*, efectos comunes, generales e impersonales propios de las sentencias de constitucionalidad, como se verifica al revisar los alcances que tuvieron las sentencias T-348 de 1997 y T-015 del 2006; iii) la Corte Constitucional seguirá exhortando al legislativo respecto de la expedición de un cuerpo normativo legal, y hasta tanto la jurisprudencia seguirá regulando y llenando el vacío del sistema sólo a través de fallos de tutela;³⁸ y, iv) la inexistencia de un mecanismo legal o constitucional que impulse el cumplimiento del deber regulador del Congreso

³⁸ Respecto de la regulación de la jurisprudencia por falta de normas y por ende de control constitucional, se comparte la conclusión del tratadista Gonzalo A. Ramírez Cleves en su ponencia “El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia”, en la que expuso:

La omisión se trata de esto, de la no existencia de legislación, por tanto de lo que se tiene que ocupar el órgano de control es de velar porque se desarrolle y se cumpla en todas sus partes la norma constitucional, al ser este órgano el guardián de la norma suprema. [...] En estos dos casos el deber constitucional de legislar es claro, concreto y permanente, la Corte podrá exhortar al legislador para que en un término razonable pero perentorio el Congreso legisle como lo viene realizando en la “omisión legislativa por falta de previsión”.

¿Podrá en caso de que no se desarrolle la legislación, el organismo constitucional proveer la legislación omitida? Pensamos que sí, siempre que se trate de situaciones tutelables constitucionalmente (Gonzalo Ramírez Cleves. *El control constitucional sobre las omisiones legislativas en Colombia*. II Jornadas Colombo-venezolanas de Derecho Constitucional. 2006. At. 1-30).

conllevará a afianzar el rol de la jurisprudencia constitucional.

■ Conclusiones

Después de veintitrés años de vida jurídica (1989-2012), el régimen exceptuado en salud del magisterio oficial en Colombia enfrenta una grave crisis causada por las tendencias políticas y financieras que tienden a la desaparición de los regímenes especiales y exceptuados de la Ley 100 de 1993, confluendo para ello la falta de una regulación legal unificadora y homogénea, la que pese a las exhortaciones dadas por la Corte Constitucional el legislador ha omitido sin causa que lo justifique. Ante este panorama, la Corte Constitucional ha sido la que —mediante revisión de fallos de tutela entre 1997 y 2012— ha logrado llenar los vacíos normativos que presenta el régimen.

El papel regulador de la jurisprudencia constitucional en el régimen docente, sólo se produjo a partir de fallos de tutela, otorgándoles efectos *erga omnes* ante la imposibilidad de proferir fallos de constitucionalidad debido a la inexistencia de normas legales expedidas por el Congreso, de tal manera que se afianzará el papel regulador de la jurisprudencia hasta tanto el legislativo cumpla con regular una materia de reserva legal.

El estatuto que expida el Congreso de la República deberá consultar los principios y presupuestos sentados por la jurisprudencia constitucional, amparando los postulados dados frente a la constitucionalidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS), siendo que en la actualidad la forma como está estructurado el sistema de salud del magisterio lo hace susceptible de ser demandado ante la jurisdicción administrativa, y tales avenencias implicarían una posible pérdida de los derechos gremiales.



■ Referencias

- Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 4. (22 de julio del 2004). http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85813_archivo_pdf.pdf (2 abril, 2012).
- Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 2. (4 de julio del 2008). http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-163371_recurso_1.pdf (2 abril, 2012).
- Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Acuerdo No. 6. (1 de noviembre del 2011). <http://www.fomag.gov.co/documents/CONVOCATORIA%20003%20DE%202011/ACUERDO%20No%206%20FNPSM.PDF> (5 abril, 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-348 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 29 de julio de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-508 del 2005 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis: 19 de mayo de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1163 del 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: 17 de noviembre 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 del 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza: 25 de enero de 2006a).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-228 del 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 6 de abril de 2006b).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-267 del 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: 6 de abril de 2006c).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-573 del 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 19 de julio de 2006d).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 2006 (M.P. Clara Inés Vargas: 27 de julio de 2006e).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 418 del 2007 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis: 24 de mayo de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-644 del 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: 19 de agosto de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-433 del 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 12 de junio de 2012).
- Decreto 1011 del 2006. Presidencia de la República de Colombia. Abril 3 del 2006. Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. DO No. 46.230.
- Decreto 2831 del 2005. Ministerio de Educación Nacional. Agosto 16 del 2005. Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones. DO No. 46.003.
- Diana Milena Peñuela & Víctor Manuel Rodríguez. *La cuestión docente. Colombia: los estatutos docentes*. Foro Latinoamericano de Políticas Educativas (Flape). Pág. 82. Ed. Libros Flape. (2008).
- Diego López Medina. *Teoría impura del derecho*. Ed. Legis. (2004).
- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Proceso de selección abreviada SA - FNPSM 001 de 2012. Apéndice 1A. Población por grupo etario y zona geográfica. (23 de mayo del 2012). <http://www.fomag.gov.co/Noticias/Noticia.aspx?IdNoticia=137> (5 agosto, 2012).
- Gonzalo Ramírez Cleves. *El control constitucional sobre las omisiones legislativas en Colombia*. II Jornadas Colombo-venezolanas de Derecho Constitucional. 2006. At. 1-30).

Ley 91 de 1989. Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. 29 de diciembre de 1989. DO No. 39.124.

Ley 962 del 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades

del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Julio 8 de 2005. DO No. 46.023.

Ministerio de Educación Nacional. Modelo mejorado de salud para el magisterio. Ed. Imprenta Nacional. (2005).