



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL TRANSITORIO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN** en representación de sus menores hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 15238 3333 003 2019-00073-00

Aclaración preliminar

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se estudiará la situación que involucra menores de edad, a quien presuntamente le han sido vulnerados derechos fundamentales conforme a los hechos expuestos en el escrito inicial, este Despacho como medida de protección de su intimidad ha decidido suprimir los datos que permitan su identificación de conformidad con la jurisprudencia constitucional¹. De esta forma, el nombre de los menores en la presente providencia, serán remplazados con sus iniciales, los cuales se escribirán en mayúscula, cursiva y negrilla.

1. ASUNTO

Decide el Despacho sobre la acción de tutela instaurada por **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN** en representación de sus menores hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en contra de LA NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y a la dignidad humana.

2. ANTECEDENTES

2.1.- Pretensiones

La señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, interpone acción de tutela en representación de sus menores hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en contra de LA NUEVA EPS, a efectos de que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y a la dignidad humana y en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS realizar la afiliación a la EPS de los menores.²

¹ Ver entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-523 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón; SV José Gregorio Hernández Galindo), T-442 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell), T-420 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), SU-337 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-941 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-1025 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-510 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-639 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-917 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-794 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil ; SV Nilson Pinilla Pinilla), T-302 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-557 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), T-453 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-212 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez ; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). **En estas decisiones la Corte estudió casos en los que al advertir que un menor puede terminar afectado en alguno de sus derechos fundamentales por el hecho mismo de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela, implantó la reserva de los datos que permitieran su identificación.**

² Folio 3.

2.2.- Hechos

Indica la parte actora que el día 21 de junio de 2018 realizó los trámites necesarios para la afiliación a la E.P.S. accionada en calidad de cotizante y posteriormente el día 10 de enero de 2019, hizo lo correspondiente a fin de que se logrará la afiliación de sus hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**

Manifiesta que el día 30 de enero de 2019 al solicitar la prestación del servicio de salud, evidenció que no se hizo efectiva la afiliación de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** por parte de la entidad accionada.

Posteriormente, el día 10 de abril de la misma anualidad, el menor **J.E.A.C.** por afectaciones de salud fue atendido en el Hospital Regional de Duitama, entidad que realizó una facturación por el servicio brindado, al no encontrarse afiliado a la NUEVA EPS.

Agrega que presentó derecho de petición a la Secretaría de Salud y a la Nueva EPS solicitando información del porque a la no afiliación de los menores, entidades que guardaron silencio.

Finaliza su narración indicando que el 21 de mayo del presente año, afilió como beneficiaria suya a su hija **K.J.C.A.**, quien actualmente cuenta con la prestación del servicio de salud y que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos que generen las atenciones de salud de sus otros hijos.

3. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 29 de julio de 2019 ante la Oficina Judicial de Reparto de Duitama, repartida y remitida a este Juzgado ese mismo día (fl. 25).

Mediante auto proferido el 29 de julio de 2019 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1893 de 2017, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 27).

3.1. La contestación.

3.1.1. LA NUEVA EPS.

La NUEVA EPS. S.A., a través de apoderado constituido para la presente acción, dio contestación a la acción de tutela (fls. 37-85) informando, el menor **J.E.A.C.** se encuentra en el sistema en estado cancelado mientras que el **J.Y.C.A.** no figura en el sistema de la EPS. Agrega que no es procedente la acción de tutela por las peticiones que se presentan por los accionantes por cuanto no se han vulnerado ni puesto en riesgo derechos fundamentales.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que la presente tutela se declare improcedente.

3.1.2 MUNICIPIO DE DUITAMA

Por su parte, el Municipio de Duitama a través de apoderada debidamente constituida, presentó informe sobre los hechos de la acción tutelar de la referencia indicando que en efecto la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN** realizó el trámite de afiliación de sus hijos ante la Secretaría de Salud municipal para la vinculación de los menores ante la NUEVA EPS-S, sin embargo es ésta última quien no ha realizado el cargue del registro en la base de datos del sistema ADRES.

Agrega que en vista que la entidad territorial ya agotó el trámite de afiliación que le corresponde debe desvincularse al Municipio de la presente acción por no haber vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes y se vincule a la Administradora de recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES.

Adjunta a su escrito certificación de inscripción de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** en el registro de beneficiarios del SISBEN.

3.2. Pruebas.

Obran como pruebas en el curso de la presente acción las siguientes:

- Fotocopia de los documentos de identificación y parentesco de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** con la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN** (fls.10 y 20-21)
- Fotocopia del formato de afiliación de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** a la NUEVA EPS (fls. 11-12)
- Fotocopia del documento de identificación de la Representante de los menores, la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN** (fl.9)
- Certificado de afiliación al sistema SISBEN de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** (fl.22)

Así mismo se destaca que dentro de las pruebas obrantes en el expediente no se observa documento alguno que acredite la petición que manifiesta la accionante presentó ante la Secretaría de Salud del Municipio de Duitama y la NUEVA EPS, relacionado en el hecho "sexto" del escrito de tutela.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y dignidad humana de los que son titulares los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** representados por la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, por la no afiliación y/o prestación de los servicios de salud por parte de la NUEVA EPS.

4.2. Naturaleza de la acción

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier

autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad³, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

4.3. De la legitimación por activa

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, toda persona cuenta con la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, lo cual indica que la legitimidad o interés en el ejercicio de esta acción constitucional radica, precisamente, en cabeza del *titular* de tales derechos.

El Decreto 2591 de 1991, el artículo 10 consagró:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

El mencionado Decreto 2591 de 1991, ha indicado cuatro vías procesales para que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados interponga acción de tutela⁴: i) por sí mismo, pues no se requiere abogado, ii) necesariamente a través de representante legal en el caso de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas; iii) por intermedio de un abogado titulado con poder expreso, si así se desea; iv) mediante agente oficioso, es decir, por un tercero indeterminado sin necesidad de poder, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Agregando que, en este caso se debe manifestar tal situación en la solicitud de tutela, esto es, se debe poner de presente que se actúa en calidad de agente oficioso y cuáles son las circunstancias que hacen que el titular de los derechos esté imposibilitado para interponer la acción.

En el caso bajo estudio, la acción de tutela fue presentada por la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, quien afirma ser madre de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, quienes deben actuar a través de su representante legal. La anterior afirmación está soportada en los Registros Civiles de Nacimiento de los menores (fls. 20-21). Por lo tanto, el Despacho concluye que los mencionados documentos son prueba suficiente para demostrar la representación efectuada por la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, en representación de los menores

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538-1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

⁴ Al respecto, ver las sentencias T-301 de 2007, T- 947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006 y T- 531 de 2002, entre otras.

J.Y.C.A. y **J.E.A.C.** quienes se encuentran imposibilitados para ejercer su propia defensa, y en consecuencia, se reconocerá a la peticionaria la condición de agente oficioso de sus hijos, cumpliendo los requisitos de legitimación por activa.

4.4. Del derecho a la salud.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, en relación con el derecho a la salud, como derecho fundamental autónomo manifestó:

*“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’ (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, **el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...**”⁵ (subrayado fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, es claro que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad; aspectos que deben tenerse en cuenta cuando el desconocimiento del mismo se da por la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva racional y constitucional resultan excesivos, demorados o complejos.

Igualmente se ha señalado por el máximo Tribunal Constitucional que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección; así se ha manifestado la H. Corte Constitucional⁶:

“ (...) De igual manera, la Corte ha reiterado que la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna. Lo anterior por cuanto se ha estimado que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna^[34] (...)”

Ahora bien, con la expedición y promulgación de la Ley Estatutaria de salud No. 1751 de fecha 16 de febrero de 2015 *“Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, no queda duda alguna que el derecho a la salud es fundamental e irrenunciable y comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, y que el Estado debe adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas; igualmente de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.⁷

⁵ Criterio reiterado en sentencia T-815 de 11 de octubre de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

⁶ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-283/12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁷ Art. 2 de la Ley estatutaria No 1751 de 16 de febrero de 2015

4.5. Organización y objetivos del sistema de salud:

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral que comprende el servicio de salud, se encuentra orientado a garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de lograr una calidad de vida acorde con la dignidad humana. El sistema incluye las obligaciones del Estado y la sociedad, así como las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y los servicios complementarios.

Para permitir el acceso al servicio de salud a todas las personas, se estructuraron dos regímenes: El contributivo para quienes cuentan con capacidad de pago, y el subsidiado para quienes no tienen recursos.

Ahora bien, en el marco del Sistema General de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Beneficios en Salud (PBS) a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía⁸.

Para garantizar el Plan de Beneficios en Salud a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud deben prestar directamente los servicios, o contratarlos con las Instituciones Prestadoras y los profesionales debidamente habilitados para el efecto. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida⁹.

Por su parte, las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, como su nombre lo indica, son las encargadas de prestar los servicios de salud requeridos por los afiliados a las empresas promotoras de salud, de acuerdo con el nivel de atención respectivo, bajo los principios de calidad y eficiencia¹⁰.

4.6. Protección del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes:

En jurisprudencia reciente, frente a la protección de salud de los niños, niñas y adolescentes y su relación con la dignidad humana, la Corte Constitucional afirmó en la sentencia T-010 de 2019 que:

“(...) el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando peligra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que “(...) salud comporta el goce de distintos derechos, en

⁸ Artículo 177 Ley 100 de 1993.

⁹ Artículo 179 Ley 100 de 1993.

¹⁰ Artículo 185 de la Ley 100 de 1993.

especial el de la vida y el de la dignidad”¹¹. Resaltando que la misma es “es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas”¹²¹³

(...) Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política¹⁴, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social”, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Precisa la misma disposición constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

(...) Así las cosas, la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que puedan ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos. (...)

(...) En este orden, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia de esta Corporación le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Ha sido clara la Corte en señalar que “(...) las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades”. Al respecto, resaltó este Tribunal en sentencia C-507 de 2004¹⁵ que “el Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud”.

4.7. Del régimen contributivo de salud y el interés superior de los menores de edad

El régimen contributivo de salud se define como “*un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley*”¹⁶

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución Política estableció la especial protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debido a la condición indefensión y vulnerabilidad que sobre ellos se encuentra, motivo por el cual merecen un cuidado especial tanto de sus representantes y la misma ley.¹⁷ Entre otros derechos, estableció el Legislador Constitucional, la protección de los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores.

Sobre su especial protección la Corte Constitucional ha dicho¹⁸:

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-1384 de 2000, T-365A de 2006, T- 361 de 2014, entre otras.

¹³ Al respecto, la sentencia T-270 del 11 de abril de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó que el concepto de vida, no se encuentra limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte o a la vida biológica, sino que se consolida como un concepto amplio que preserva las condiciones vitales de manera digna y saludable

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

¹⁵ M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

¹⁷ Sentencia T-398 de 2017

¹⁸ Sentencia T-307 de 2006

“Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral”. (Rayas del Despacho)

Por lo tanto no es factible que se someta la protección de los derechos de los menores al trámite o realización de actividades administrativas, así como tampoco puede condicionarse su defensa al cumplimiento de los requisitos relacionados con la vinculación del menor a un grupo familiar específico.¹⁹

En la misma línea, en sentencia T-218 de 2013 se estudió el caso de una menor de edad que pese a no presentar una afectación en su salud que requiriera tratamiento médico, no se encontraba vinculada a un sistema de seguridad social en salud que le brindara la atención y prevención adecuadas para las patologías que podría llegar a sufrir.

En este sentido, el derecho a la salud de los niños puede verse trasgredido, sin importar que el menor no padezca de una patología o no requiera un servicio médico específico, ya que el hecho de que este no se encuentre incluido en un sistema que le permita acceder en forma oportuna a los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pudiera llegar a padecer, vulnera el derecho a la seguridad social, de conformidad con los estándares internacionales y los propios previstos en la Constitución.

Así las cosas, la aplicación del principio del interés superior del menor en relación con la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, genera una obligación para todas las personas, entidades y autoridades competentes de hacer efectivo su acceso a los servicios de salud y, en consecuencia, su incumplimiento deberá ser considerado un desconocimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan la materia. De ahí que, por ejemplo, el acto de desafiliación de un menor de edad sin que este hubiese sido afiliado bajo alguna otra calidad al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo o subsidiado, constituye claramente una vulneración del derecho fundamental a la salud de los menores de edad.

4.8. De la inclusión a los regímenes del sistema General de Seguridad Social en salud

4.8.1. De la afiliación

La afiliación al Sistema de Seguridad Social en salud es un acto que se realiza por una sola vez, a través del cual se adquiere el derecho acceder a los servicios de salud.

Una vez realizada la afiliación del usuario, este tiene derecho a inscribir como beneficiarios del servicio de salud a los miembros de su núcleo familiar, el cual según el artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 del 2016 está constituido por:

- “1. El cónyuge;*
- 2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo;*

¹⁹ Sentencia T-2018 de 2013

3. Los hijos menores de veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del cotizante;

4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante;
5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 3 y 4 del presente artículo;
6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 3 y 4 del presente artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición.
7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de éstos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de éste.
8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de éste. 9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente.”

Para acreditar las calidades mencionas, y especialmente las de hijo o padre, la antedicha normatividad estableció lo siguiente:

“3. La calidad de hijos o padres, o la de parientes hasta tercer grado de consanguinidad, se acreditará con los registros civiles correspondientes.”

Ahora bien, en lo que precisa al régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud, el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1° del Decreto Nacional 2228 de 2017, señaló que pertenecen a éste régimen: “[...]1. **Personas identificadas en los niveles I y II del Sisbén** o en el instrumento que lo reemplace, de acuerdo con los puntos de corte que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social.” (Resaltado por el despacho)

Así, puede concluirse que la normatividad reguladora de los regímenes generales de Seguridad Social en Salud, incorporó a todas las personas inscritas en el SISBEN niveles I y II para que obtengan la prestación del servicio de salud, en la medida en los mismos cumplan con los requisitos exigidos por la normatividad.

4.8.2. Del reporte de novedades

Una vez los usuarios y sus beneficiarios inscritos en el sistema subsidiado SISBEN optan por la EPS-s de su elección, éstas últimas deberán, conforme lo establece la Resolución 4622 de 2016 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, presentar el reporte de novedades de los datos de afiliación de las cuales tengan conocimiento en los siguientes términos:

“Artículo 1. Objeto y campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución tienen por objeto establecer el reporte de datos de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en salud, fijar los lineamientos aplicables al Régimen Contributivo, al Régimen Subsidiado, a los Regímenes Especiales de Excepcion, a las entidades que ofertan Planes Voluntarios de Salud, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, y actualizar en lo pertinente, la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA.

Las disposiciones aquí previstas serán de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), los municipios, los departamentos que tengan a su cargo corregimientos departamentales, quienes administren los Regímenes Especiales de Excepcion, las entidades que oferten Planes Voluntarios de Salud y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC” (Negrilla del Despacho)

La misma Resolución establece los plazos en los cuales se deben reportar las novedades, el tipo de archivos que se deben entregar y los formatos en los que se deben presentar. Así las cosas se extrae que para los casos de régimen subsidiado, las EPS-deben aportar los reportes conforme se indica en el anexo 1.2.2. el cual señala:

“1.2.2. Régimen Subsidiado.

Aplica para las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS)

Tabla 5. Estructura del archivo maestro de afiliados al Régimen Subsidiado (...).”

Por lo tanto se concluye que para que las personas afiliadas al régimen subsidiado puedan acceder a los servicios de salud, las EPS-s han debido cumplir con el deber de reportar las novedades de sus afiliados ‘al Administrador Fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, o la entidad que haga sus veces’ para la incorporación en el sistema BDUA.

4.9. Del derecho de petición

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho de petición es un derecho de fundamental que debe ser protegido por las entidades públicas sin distinción alguna.

“El derecho fundamental de petición se comprende como la garantía constitucional de toda persona a (i) formular peticiones respetuosas, (ii) ante las autoridades o particulares —organizaciones privadas (11) o personas naturales (12) —, en los términos definidos por el Legislador; (iv) por motivo de interés general o particular, y a (iv) obtener pronta resolución (13) . El marco jurídico de esta garantía se concentra, principalmente, en el artículo 23 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, título II, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 (14) , “(p)or medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición resulta posible solicitar “el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos” (15) (resaltado propio). Existen algunos documentos que tienen carácter reservado, entre estos, por ejemplo, las historias clínicas. Sin embargo, el Legislador previó la posibilidad de que, en casos como estos, tales documentos puedan ser solicitados por su titular (num. 3º y par. del art. 24 L. 1437/2011). En cualquier caso, el ejercicio de este derecho es gratuito, no requiere de representación a través de abogado (16) y, puede presentarse de forma verbal o escrita (17), a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos (18)”²⁰

No obstante lo anterior, dirá el Despacho que aun cuando no fue un derecho reclamado por la accionante pero si enunciado en los fundamentos fácticos que soportan el escrito de tutela, debería analizarse una presunta vulneración al citado derecho fundamental, sin embargo, no se avizora prueba si quiera sumaria que permita a ésta Oficina Judicial inferir que efectivamente se presentó formalmente una petición tanto a la Secretaría de Educación Municipal como a la NUEVA EPS a la luz de la Ley 1755 de 2015, motivo por el cual no se realizará un análisis de fondo

²⁰ Sentencia T-058 de 2018

respecto del hecho “sexto” del libelo introductorio que refiere una presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

5. CASO CONCRETO

5.1 Procedencia de la acción de tutela con respecto a la no afiliación de la NUEVA EPS-S al sistema de salud de un menor de edad.

Previo a analizar el fondo del asunto, considera el Despacho relevante verificar si es procedente la presente acción de tutela para obtener la protección de los derechos enunciados por la accionante. Para tal fin, se revisará si la misma cumple con los siguientes requisitos:

Legitimación activa: La señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, actúa como titular de los derechos invocados en representación de sus menores hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, razón por la cual, se encuentran legitimados para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º)

Legitimación pasiva: La NUEVA E.P.S, Sociedad de Economía Mixta, Entidad del sector descentralizado por servicios susceptible de demanda de tutela (C.P. 86º, Decreto 2591 de 1991 art. 1º y art. 13º).

Subsidiariedad:

La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, esto es, que sólo procede como mecanismo de protección definitivo “i) cuando el presunto afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental.”²¹

Ahora, se observa que dentro del presente caso, la tutelante pretende que la NUEVA EPS inscriba a sus menores hijos como afiliados y beneficiarios del servicio de salud a través de sus instituciones prestadoras de salud.

Al respecto, debe señalarse que si bien, la pretensión enunciada podría ser ventilada ante la Superintendencia de Salud de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007, lo cierto es que la Corte Constitucional en sentencias T-728 de 2014, T-121 de 2015, y T-529 de 2017, indicó que “*existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado*” [...]En el fallo mencionado se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.”²²

²¹ Pronunciamiento jurisprudencial reiterado por la Corte Constitucional Sentencia T-246 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

²² Corte Constitucional. Sentencia T 089 del 2018. MP: José Fernando Reyes Cuartas

Adicionalmente, cuando se trata de asuntos en los que se discuten derechos fundamentales de un menor, el examen del requisito de subsidiaridad no está sometido a la misma rigurosidad de los demás asuntos. Sobre este tema la Corte Constitucional ha dicho:

“En síntesis, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, cuando con ella se busca salvaguardar derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la aplicación de dichas reglas no deberá realizarse con la misma rigurosidad dado el interés del menor y el carácter prevalente sobre los derechos fundamentales de estos, luego, mecanismos como el previsto en la Ley 1122 de 2007, en el cual se advierten fallas de idoneidad y eficacia, deben ceder ante las especiales condiciones del sujeto cuya protección se solicita.” (Negrillas fuera de texto)

En resumen, es procedente la presente acción de tutela y en ese sentido esta dado al Despacho conocer del fondo de asunto pues al verse posiblemente afectados los derechos fundamentales de un menor, es necesaria la intervención del juez de tutela para vigilar que los mismos no sean trasgredidos, ni vulnerados de ninguna manera. La misma suerte sobreviene para el caso de la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, quien en virtud de la acción de tutela solicita la afiliación de sus hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, al sistema general de salud dentro del régimen subsidiado.

5.2 De la vulneración del derecho a la salud por la omisión de afiliación de la EPS.

En el sub examine, la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, actúa como titular de los derechos invocados en representación de sus menores hijos **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, acudió en ejercicio de la presente acción constitucional, buscando la protección de los derechos de sus hijos por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, que en su sentir fueron vulnerados por las accionadas al no realizar la afiliación de sus hijos a la NUEVA EPS-s.

Ahora, analizado el material probatorio obrante dentro del expediente, se observa que tanto la señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, como los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, se encuentran inscritos en la base de datos de personas beneficiarias del régimen subsidiado SISBEN conforme a la ficha de registro No. 39484, tal como se observa en las certificaciones expedidas por el Municipio de Duitama (fls.113-115)

Así mismo, se encuentra acreditado que la señora señora **KELLYN YUSEHT ALVARADO CHACÓN**, manifestó en el mes de enero de 2019, su voluntad de afiliarse a la EPS-s NUEVA EPS junto con sus beneficiarios **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, de acuerdo al formulario diligenciado ante la entidad territorial correspondiente visto a folio 108 del expediente.

Adicionalmente, se encuentra acreditado el diligenciamiento del formulario de afiliación según el formato adoptado por la NUEVA EPS para los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** (Fls. 111-112)

Finalmente, aunque no se encuentra acreditado documentalmente, el apoderado del Municipio manifiesta que se ha cumplido con el trámite que le corresponde para la afiliación de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, al sistema general de salud dentro del régimen subsidiado, y que conforme a la Resolución No. 4622 de 2016, el deber de suministrar la información a la Administradora de los Recursos del Sistema

General de Seguridad Social en Salud-ADRES radica para el presente caso en la NUEVA EPS, quien debe gestionar el registro de todos sus afiliados.

Así las cosas, y entrando en el estudio del fondo del asunto, es relevante mencionar que de acuerdo con lo establecido por la normatividad vigente y la jurisprudencia relacionada, citada dentro de las consideraciones del presente fallo, el asunto analizado se centra en la **afiliación** a la EPS NUEVA EPS-s de los accionantes **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, para que puedan acceder en calidad de subsidiados a los servicios del Sistema general de Salud. En consecuencia, como se indicó en la parte considerativa, no es procedente que la EPS imponga una carga administrativa para la afiliación de los menores de edad, sujetos de especial protección.

Atendiendo todo lo expuesto hasta éste punto, y luego de consultar los documentos de identidad de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud (fls. 117-119), se pudo establecer que únicamente la menor **J.E.A.C.** aparece registrado, inscrito y como activo en el sistema general de salud afiliado a la NUEVA EPS, por lo tanto, no cabe duda de que al menor **J.Y.C.A.** se le están vulnerando sus derechos fundamentales, pues por ser menor de edad, se encuentra cobijado por una protección especial para su afiliación al servicio de salud, más aun cuando ha acreditado cumplir con los trámites pertinentes para la efectividad en su afiliación y con ello el deber de prestación de los servicios de salud, en primer lugar, porque se encuentra certificada su inscripción al SISBEN, su elección de la NUEVA EPS como su entidad prestadora de los servicios de salud y el diligenciamiento del formulario establecido por la misma EPS.

En este mismo punto, debe dejarse claro que aun cuando se acreditara el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos para el registro como afiliado, con fundamento en la Jurisprudencia citada sobre la materia, no puede excusarse la NUEVA EPS para brindar la especial protección de los derechos de los menores.

De igual forma, es importante precisar que aun cuando se encuentre el registro del menor **J.E.A.C.** ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, no se asegura que se hayan prestado los servicios de salud necesarios, motivo por el cual se conminará a la entidad accionada que en caso de no haberlo realizado hasta la fecha de notificación de la presente providencia, se asegure la prestación de todos los servicios de salud que requiera el menor **J.E.A.C.**, pues la omisión fue puesta en conocimiento de éste Despacho bajo la gravedad de juramento por su progenitora (fls. 2 a 8).

En lo correspondiente a la menor **J.Y.C.A.**, no puede este Despacho dejar pasar desapercibido el hecho de que una vez consultado su documento de identidad dentro de la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud, la menor no se encuentra registrada en la misma, privándosele de la prestación del servicio de salud, pues no se registra en ninguna EPS. Si bien, tanto la accionante como el Municipio de Duitama allegan copia del formulario de afiliación a la EPS (fls. 11-12 y 111-112) no se le está brindando atención médica a la menor circunstancia que resulta alarmante pues el interés superior de la menor es prevalente sobre los derechos del resto y en esa medida, la solicitud de afiliación debió tener un trámite prioritario en aras de garantizar el servicio de salud a la misma, aunque en la actualidad no padezca de ninguna enfermedad.

Sobre esto último la Corte constitucional ha considerado:

“En la misma línea, en sentencia T-218 de 2013 se estudió el caso de una menor de edad que pese a no presentar una afectación en su salud que requiriera tratamiento médico, no se encontraba vinculada a un sistema de seguridad social en salud que le brindara la atención y prevención adecuadas para las patologías que podría llegar a sufrir. En esta oportunidad, la Corte consideró que existió:

*“(…) Una evidente vulneración del derecho fundamental de los menores al más alto nivel posible de salud, por cuanto deja a la menor B.B en un estado de desamparo en relación con la prestación de los servicios médico – asistenciales a los que tiene derecho. Además, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los funcionarios encargados de aplicar las normas relativas a la prestación de los servicios de salud **deberán siempre seguir, como principio orientador de sus decisiones, el interés prevaleciente y superior del menor**” (El resaltado es del texto original)*

*En este sentido, el derecho a la salud de los niños puede verse **trasgredido, sin importar que el menor no padezca de una patología o no requiera un servicio médico específico, ya que el hecho de que este no se encuentre incluido en un sistema que le permita acceder en forma oportuna a los servicios de salud frente a cualquier enfermedad que pudiera llegar a padecer, vulnera el derecho a la seguridad social, de conformidad con los estándares internacionales y los propios previstos en la Constitución.**”²³(Negritas fuera de texto)*

Con base en lo anterior, es claro que dentro del presente asunto se están vulnerando los derechos fundamentales de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en la medida en que aunque por sus calidades pertenecen al régimen subsidiado de salud, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos para su afiliación, la entidad accionada ha incumplido su obligación afiliar a los mismos, dilatando de forma injustificada la posibilidad de acceder a los servicios de salud poniendo en riesgo su salud y su vida.

En armonía con lo expuesto y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia Constitucional antes citada, se puede establecer que en el asunto puesto a consideración del Juzgado, se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, por parte de la NUEVA EPS, y procede su tutela para la protección frente al servicio de salud, motivo por el cual a la accionada le asiste la obligación de efectuar todos los trámites pertinentes y necesarios para lograr la vinculación y prestación de los servicios de salud de los accionantes como beneficiarios del régimen subsidiado de salud en condición de especial protección por ser menores de edad.

En consecuencia se ordenará a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA E.P.S-S y/o quien haga sus veces para que, de no haberlo hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúe los trámites necesarios para que se realice con efectividad la afiliación de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en la NUEVA EPS en calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral Transitorio del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²³ Ibídem

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, la vida y la seguridad social de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA E.P.S, **MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA**, y/o quien haga sus veces, para que, de no haberlo hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúe los trámites necesarios para que se realice con efectividad la afiliación y activación de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.**, en la NUEVA EPS en calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de salud.

Surtido lo anterior, la NUEVA EPS deberá asegurar a los afiliados accionantes la prestación del servicio de salud a través de su red de servicios.

Del cumplimiento de la orden, la entidad promotora de salud accionada deberá informar a este Despacho lo correspondiente allegando la documental que acredite su actuación.

TERCERO.- Por Secretaría, **COMPULSAR COPIAS** de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus competencias, investigue lo sucedido en el caso de los menores **J.Y.C.A.** y **J.E.A.C.** quienes vieron afectado su acceso a los servicios de salud por las omisiones y/o acciones desarrolladas por la NUEVA EPS respecto de la solicitud de afiliación al sistema general de salud presentadas por la representante de los menores.

CUARTO.- ADVERTIR a LA NUEVA E.P.S. S.A. para que en lo sucesivo no vuelva a incurrir en las conductas que dieron origen a la acción de tutela de la referencia.

QUINTO.- Notificar esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ

