

INFORME SECRETARIAL: Al Despacho de la señora Jueza el expediente No. **2020 – 00224**, hoy tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020), informando que el señor Ricardo Albeiro Díaz Pinilla dio respuesta al requerimiento efectuado por este Despacho y a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por Salud Total E.P.S. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C., tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020).

I. ANTECEDENTES

La señora ANGIE KATHERINE MEDINA LÓPEZ, identificada con C.C. 1.014.239.483, actuando en representación de su menor hija DANNA VALERIA DÍAZ MEDINA, interpuso acción de tutela en contra de SALUD TOTAL E.P.S., la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ y la SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN, a fin de obtener la protección a los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, derechos de los niños y derecho de petición.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que su hija tiene 5 años, que se encuentra afiliada como beneficiaria a la entidad SALUD TOTAL E.P.S. y que desde enero del año en curso presentó problemas de salud que conllevaron a la hospitalización de la menor durante veintiocho días. Dijo que como consecuencia de la permanencia en la Fundación Hospital de la Misericordia, se prescribió la desmopresina sublingual en tabletas de 120 mg para atenuar las complejidades presentadas.

Por otro lado, el infortunio referente al estado de salud de la menor convergió con el desempleo de sus padres, en atención a la emergencia económica presentada por la Covid-19.

Corolario de esta situación, narró que su hija fue desafiliada de la E.P.S., por lo que petitionó que se garantizara la continuidad del tratamiento requerido; obteniendo como respuesta por parte de la E.P.S. que los afiliados debían de sufragar las cotizaciones.

Ahora, manifestó que por su estado de vulnerabilidad y el de su núcleo familiar, peticionó a la Secretaría Distrital de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá que se modificara el puntaje en el SISBEN para poder acceder a la protección en materia de salud que brinda el régimen subsidiado. A esto, la entidad contestó que el puntaje se publicaría en el mes de junio y no sería viable expedir otro puntaje, sino programar otra encuesta.

Ante este evento, el núcleo familiar de la menor ha sufragado las cotizaciones a través de préstamos y presentó una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin haber obtenido respuesta alguna por parte de ésta.

Bajo esta situación fáctica, solicitó que se ordenara el suministro de los medicamentos y tratamientos, se incluyera en el régimen subsidiado en salud, oficiar a la SNS para que se pronuncie respecto del requerimiento efectuado y a la Personería y la Defensoría del Pueblo para que garanticen el respeto por los derechos fundamentales que deprecia.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción fue admitida por el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020). Allí se ordenó conceder la medida provisional que en su momento solicitó la tutelante, vincular a la Fundación Hospital de la Misericordia, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Departamento Nacional de Planeación, a la Secretaría Distrital de Planeación y correr traslado a las entidades para que ejercieran su derecho de contradicción.

La primera entidad en pronunciarse fue la **SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL DE BOGOTÁ D.C.**, señalando que dio traslado a la Secretaría Distrital de Salud y a la Secretaría de Planeación. Luego, la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** informó que la menor Danna Valeria Díaz Medina no registra con afiliación activa en salud y que esta entidad no tiene a cargo el acceso a cada uno de los regímenes, por lo cual solicitó su absolución en la acción de tutela.

A continuación, la **FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA** rindió el informe requerido por la *A-quo*, manifestando que a la menor le fue formulada desmopresina por un lapso de seis meses, sin que se pueda suspender el tratamiento. Sin embargo, alegaron la inexistencia de acciones u omisiones de su parte, por lo que solicitaron su desvinculación del trámite que se adelanta.

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** ejerció su derecho de defensa a través de la figura de la falta de legitimación en causa por pasiva, puesto que adujo que no ha tenido injerencia en las vulneraciones que se reseñan en el escrito de tutela. En igual sentido se pronunció la **SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.**

Igualmente, se recibió el informe elaborado por el **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN**, dentro del cual cabe destacar sus

consideraciones respecto del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén) y las competencias del D.N.P. en torno a esta herramienta, así como la de las entidades territoriales. Además, argumentó que el ingreso al régimen subsidiado en salud pende de que la población sea clasificada en los niveles 1 y 2 del SISBÉN y que, para el caso en concreto, la menor cuanta con un puntaje de 62,78, lo que la ubica en un nivel 3.

No obstante, expuso que la accionante podía solicitar la realización de una nueva encuesta ante la autoridad distrital competente y, por último, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela.

Por su parte, la **SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN DE BOGOTÁ D.C.** allegó el informe requerido, en el cual este Despacho resalta que:

- Esta entidad contestó la petición de la accionante el 20 de mayo del año que avanza, informándole que la encuesta del SISBÉN le fue practicada el 3 de octubre de 2019 y sus resultados serán publicados por el D.N.P. Además, le planteó la posibilidad de que solicitara una nueva encuesta ante la inconformidad que presenta.
- El 17 de junio de 2020 se realizó la publicación del resultado de la encuesta que se efectuó, acorde con la metodología IV recientemente aplicada. En dicha publicación se asignó un puntaje de 62,78, el cual sólo puede cambiar ante la realización de una nueva encuesta.
- La Secretaría de Planeación ordenó la práctica de una nueva encuesta al hogar ante la interposición de la acción de tutela y el acaecimiento de hechos que podían modificar el puntaje del hogar.

A su turno, **SALUD TOTAL E.P.S.** narró que la hija de la accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. en rango 1 como beneficiaria del régimen contributivo en estado activo. Igualmente, indicó que ha autorizado todos los servicios médicos que la menor ha requerido, así como el suministro de medicamentos, incluida la desmopresina, por lo cual solicitó declarar el hecho superado en la acción de tutela.

Aunado a las respuestas referidas, la Secretaría Distrital de Planeación dio alcance a su comunicación anterior, señalando que en la nueva visita efectuada al hogar se había obtenido como resultado un puntaje de 46,43, por lo que deberá solicitar la afiliación al régimen subsidiado ante la entidad correspondiente.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de primera instancia consideró que el puntaje obtenido por la menor en el SISBÉN (46,43), permitía que ella hiciera parte del régimen

subsidiado, por lo que le ordenó a Salud Total E.P.S. que desplegara las actuaciones administrativas para la movilización de régimen.

Asimismo, viabilizó la movilización del núcleo familiar de la menor al régimen subsidiado, en aras de evitar la imposición de cargas administrativas injustificadas a los padres. También amparó el derecho fundamental de petición en lo que compete a la Superintendencia Nacional de Salud y ordenó al Departamento Nacional de Planeación que publicaran la encuesta realizada por la Secretaría Distrital de Planeación.

IV. IMPUGNACIÓN

La sentencia de tutela fue notificada el 3 de julio del presente año a las partes intervinientes, por lo cual el Despacho que conoció en primera instancia recibió impugnaciones por parte de SALUD TOTAL E.P.S., la accionante y el Departamento Nacional de Planeación. De estos escritos sólo fue tenido en cuenta el de la E.P.S., como quiera que los restantes fueron presentados de forma extemporánea.

En concreto, los reparos de SALUD TOTAL E.P.S. consistieron en que la orden de la Jueza Tercera Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá D.C. obviaba que el progenitor de la menor Danna Valeria Díaz Medina, señor Ricardo Albeiro Díaz Pinilla, se encuentra afiliado como trabajador independiente con pagos al día y a la fecha de la impugnación su puntaje en el SISBÉN era de 62,78, por lo cual no era posible su traslado al régimen subsidiado, ni el de su descendiente.

Como colofón de ello, la entidad expuso que no existía vulneración a ningún derecho fundamental y solicitó que se revocara la sentencia proferida, para en su lugar ordenarle a la representante de la menor que solicite una encuesta al SISBÉN a efectos de que obtengan un nuevo puntaje.

V. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidos los documentos que conforman el expediente, este Despacho profirió el auto del 17 de julio de 2020, a través del cual se avocó conocimiento de la acción de tutela y, en uso de las facultades contenidas en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, se requirió al señor Ricardo Albeiro Díaz Pinilla para que en el término de un (1) día informara sobre la proveniencia de los recursos con los cuales sufraga las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social. Asimismo, esta Juzgadora incorporó de oficio la consulta actualizada del SISBÉN de la menor Danna Valeria Díaz Medina.

En suma, por Secretaría se procedió a la incorporación de los siguientes documentos que dan cuenta de la situación en materia de afiliación al S.G.S.S.S. de la accionante y su núcleo familiar, así como de su estado en el SISBÉN, conforme a la información que reposa en las bases de datos públicas:

- [Reporte de afiliación de Danna Valeria Díaz Medina, generado por la A.D.R.E.S.](#)
- [Reporte de afiliación de Angie Katherine Medina López, generado por la A.D.R.E.S.](#)
- [Reporte de afiliación de Ricardo Albeiro Díaz Pinilla, generado por la A.D.R.E.S.](#)
- [Consulta del puntaje del SISBÉN de Danna Valeria Díaz Medina.](#)
- [Consulta del puntaje del SISBÉN de Angie Katherine Medina López.](#)
- [Consulta del puntaje del SISBÉN de Ricardo Albeiro Díaz Pinilla.](#)

En cuanto al requerimiento efectuado al progenitor de la menor, éste dio contestación mediante correos del 18, 21 y 22 de julio de los corrientes, manifestando que los dineros con los cuales ha sufragado las cotizaciones al régimen contributivo son producto de préstamos entregados por parte de las señoras Ana Gloria López López y Blanca Nelly López López, familiares de la progenitora de la menor. Así, anexó las constancias de los giros de estos dineros.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico planteado consiste en determinar si se torna viable la adhesión de la menor Danna Valeria Díaz Medina y su núcleo familiar al régimen subsidiado en salud, de conformidad con la descripción fáctica en que se fundamentó el fallo de primera instancia y los reparos de la impugnante.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción constitucional, con fundamento en el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del art. 1º del D. R. 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

2. Del derecho fundamental a la vida y a la salud.

La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud es innegable y, como parte de ello, dos han sido las teorías para llegar a la protección del derecho a la salud. La primera no permitía la protección singular del derecho en comento, debido a que no era objeto de aplicación inmediata, por lo que se suponía que el mismo se encontraba conexo al derecho a la vida. La segunda, y actualmente aplicada, hizo confluir distintas garantías constitucionales para reconocerle autonomía al derecho fundamental a la salud y hacer efectiva su aplicación por sí sola; así lo sintetizó la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018:

"La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Si bien se reconocía su importancia por el valor que tenía

para garantizar el derecho fundamental a la vida –sin el cual resultaría imposible disfrutar de cualquier otro derecho[20]–, inicialmente se marcaba una división jerárquica entre los derechos de primera y segunda generación al interior de la Constitución: los primeros de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II); los segundos de carácter programático y desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II).

Esta división fue gradualmente derribada por la jurisprudencia constitucional para avanzar hacia una concepción de los derechos fundamentales fundada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser exigido a través de la acción de tutela”.

Esto implica que la acción de tutela que nos ocupa debe ser estudiada examinando los diversos componentes normativos, jurisprudenciales, conceptuales y dogmáticos del derecho a la salud, evaluándolo de forma autónoma, eso sí, sin desconocer su correlación con el derecho a la vida.

Respecto del derecho que presuntamente ha sido objeto de vulneración, es decir, el derecho fundamental a la salud, debe decirse que éste fue elevado a rango constitucional en el canon 49 de la Carta Política y posteriormente adquirió el rango fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que previó:

"ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

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. El Estado adoptará 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. 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”.

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 17 de junio de 2016, sostuvo frente a la protección del derecho a la salud, que:

"El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros”

Reforzando tal postura, la Corte ha expuesto, en sentencia T-361 de 2014, que la dignidad humana se concatena con derechos fundamentales como la salud y que dichos derechos pueden verse birlados cuando no se garantizan las prestaciones que el ordenamiento jurídico interno pone en cabeza de determinada persona:

"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo".

En cuanto a los servicios que deben ser prestados por las E.P.S., palmario es que deben ser suministrados atendiendo los criterios de oportunidad, eficiencia, calidad e integralidad, pues ello va ligado al respeto por el derecho fundamental a la salud:

"Este Tribunal ha resaltado que uno de los problemas más recurrentes en la prestación del servicio de salud es la imposición de barreras administrativas y burocráticas que impiden el acceso efectivo a los usuarios e, incluso, extienden su sufrimiento. Cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario.

La jurisprudencia ha destacado que en esos casos se infringen los principios que guían la prestación del servicio a la salud teniendo en cuenta que "(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no

está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”. Sentencia T-405 de 2017.

A pesar de las directrices consagradas a nivel legal y jurisprudencial en torno a las prestaciones del S.G.S.S.S., existe una primera puerta de acceso a estas condiciones materiales de vida, la cual está dada por una relación jurídico-sustancial entre un ente habilitado para la prestación de estos servicios y una persona natural ávida de protección de sus contingencias. Este vínculo se ha denominado la relación jurídica de afiliación. Entonces, bajo la premisa de que la afiliación emerge como una acometida al derecho fundamental a la salud, debe entenderse que su existencia se gobierna por los mismos principios rectores del derecho a la salud, principalmente el de universalidad:

"En este orden de ideas, en el orden constitucional superior el sistema de seguridad social en salud está gobernado por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en su prestación, esto es, que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la seguridad social. De manera ha reiterado la Corte que la seguridad social en salud, es un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, cuya prestación debe llevarse a cabo con fundamento en las normas constitucionales y en los principios de universalidad, solidaridad y eficacia.

De este modo, ha establecido esta Corte que de acuerdo con el principio de universalidad "la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc." (resaltado fuera de texto) *En otras palabras, este principio implica que todas las personas en condiciones de igualdad deben estar amparadas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud.*

Para la Sala es claro entonces que el principio de universalidad en salud conlleva un doble significado: respecto del sujeto y respecto del objeto del sistema general de salud. (i) Respeto del sujeto, esto es, del destinatario de la seguridad social en salud, el principio de universalidad implica que todas las personas habitantes del territorio nacional tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud. (ii) Respeto del objeto, esto es, la prestación de los servicios de salud en general, este principio implica que todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma; razón por la cual deben estar cubiertos todos estos servicios dentro de los riesgos derivados del aseguramiento en salud". (Resalta el Despacho - Sentencia C-463 de 2008).

A la luz de este mandato de universalidad, el trámite de afiliación debe de ser expedito y ausente de excesivos requisitos que entorpezcan el acceso a los servicios de salud, motivo por el que la documentación requerida para este trámite simplemente debe ser exigida con fines de identificación:

"Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 expedido por el Gobierno Nacional Social el 6 de mayo de 2016. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma establece que para afiliarse y acceder a la totalidad de los servicios del SGSSS, los ciudadanos deben presentar alguno de los siguientes documentos:

"Artículo 2.1.3.5 Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.

2. Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad.

(...)

4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.

(...)

Con fundamento en lo anterior, se evidencia que esa disposición indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación"(Sentencia T-210 de 2018).

En conclusión, la garantía del derecho fundamental a la salud se exterioriza a través del reconocimiento prestacional que se da a partir de la afiliación al S.G.S.S.S., bien sea en el régimen contributivo o en el subsidiado. Esto, por supuesto, conlleva a este Despacho a estudiar el funcionamiento, por lo menos en lo fundamental, de dicho Sistema.

3. Del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 100 de 1993 enlistó una serie de parámetros de optimización para el Sistema Integral de Seguridad Social y particularmente para el Sistema General

de Seguridad Social en Salud, pero más allá de eso, estructuró el modelo de salud bajo los fundamentos técnicos de redistribución y solidaridad, lo cual permitiría que se dinamizara la economía nacional a través de un mayor aporte al bienestar general por parte de los actores que detentaban un mayor poder adquisitivo. La solidaridad, por su lado, consolidaría los fines de un Estado Social de Derecho que prohija a la población más vulnerable, gravando a las personas que ocupan una mejor posición económica.

La puesta en escena de estos axiomas conllevaría a que se creara un régimen subsidiado y otro contributivo, ante la imposibilidad de asegurar la gratuidad universal del derecho a la salud. Fue de esta forma como el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 aglutinó los participantes del Sistema en uno y otro régimen, así:

"ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago".*

Ciertamente, el Estado tenía que velar por el equilibrio del Sistema a través de la fiscalización de los recursos del mismo, especialmente, verificando quiénes podían pertenecer a cada uno de los regímenes. De tal suerte, el Decreto 780 de 2016 acotó el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, exponiendo criterios de pertenencia al régimen subsidiado, como lo enunció la sentencia T-576 de 2019:

"Volviendo al Decreto 780 de 2016, debe destacarse el acápite que señala las características de la afiliación al régimen subsidiado en particular, en donde enlista las condiciones que deben reunir las personas que pueden estar vinculadas allí. Tenemos a quienes están identificados en los niveles I y II del SISBÉN, a la población infantil vulnerable, los miembros de minorías especialmente protegidas (Rrom, indígenas), víctimas del conflicto armado y "la población migrante de la República Bolivariana de Venezuela de que tratan los artículos 2.9.2.5.1. a 2.9.2.5.8", entre otras".

El Decreto 780 de 2016 expresamente contempló en su artículo 2.1.5.1 que la inclusión en el régimen subsidiado pendía de determinado nivel en el SISBÉN, según la ubicación en un puntaje que fijaría el Ministerio de Salud y Protección Social:

"Artículo 2.1.5.1 Afiliados al régimen subsidiado. Son afiliados en el Régimen Subsidiado las personas que sin tener las calidades para ser afiliados en el Régimen Contributivo o al Régimen de Excepción o Especial, cumplan las siguientes condiciones:

1. Personas identificadas en los niveles I y II del SISBEN o en el instrumento que modifique, de acuerdo con los puntos de corte que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social".

En desarrollo de los regímenes, el citado Decreto contempló la posibilidad de movilizarse entre estos, eso sí, partiendo de su pertenencia a un grupo social que lo ameritara. También dispuso que la movilidad debía de efectuarse con el núcleo familiar, puesto que, si una persona del núcleo hacía parte del régimen contributivo, no se podía desfinanciar el Sistema incluyendo a dicho núcleo en el régimen subsidiado, sino que el resto del hogar, económicamente inactivo, debía de incluirse en el régimen contributivo a través de la figura del beneficiario:

*"Artículo 2.1.7.7 Movilidad entre regímenes. La movilidad es el cambio de régimen dentro de la misma EPS para los afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud focalizados en los niveles I y II del SISBEN y las poblaciones especiales de que tratan los numerales 7, 8, 10, 11 y 12 del artículo 2.1.5.1 de la presente Parte. En virtud de la movilidad, **los afiliados descritos en el inciso anterior podrán cambiar de un régimen a otro con su núcleo familiar**, sin solución de continuidad, manteniendo su inscripción en la misma EPS".*

En este punto, la juzgadora constitucional primigenia consideró que la accionante cumplía con el puntaje que la ubicaba en los dos primeros niveles del SISBÉN y que:

"...ante la presunta desvinculación laboral de la accionante del sistema de seguridad social, deben tenerse presentes las consideraciones expuestas sobre la figura de la movilidad entre regímenes, la cual está prevista para simplificar y facilitar el acatamiento de los principios constitucionales como de las disposiciones internacionales. Esta herramienta asegura que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siempre que medie su voluntad, permanezcan afiliados a la misma EPS sin el agotamiento de los trámites de traslado, pues ello puede constituir trabas administrativas que ponen en riesgo la continuidad en la prestación del servicio".

Tal consideración, constituye un desacierto por parte de la *A-quo*, como quiera que la movilidad entre regímenes requiere de una comunicación expresa que dé cuenta de la intención del sujeto en situación vulnerable de pertenecer al régimen subsidiado, de lo que se desprende que la movilidad requiere de una mínima carga administrativa, pues no opera de plano ante eventos como la mora en las cotizaciones o la novedad de finalización del vínculo laboral. En los siguientes términos lo preceptuó el artículo 2.1.7.8 del Decreto 780 de 2016:

"Artículo 2.1.7.8 Registro y reporte de la novedad de movilidad. El Sistema de Afiliación Transaccional dispondrá de los mecanismos para que los requisitos de movilidad se puedan verificar con la información disponible y para que los afiliados puedan realizar directamente el trámite de movilidad, así como la notificación de la movilidad a las EPS, a los afiliados cotizantes, a los afiliados cabeza de familia, a los integrantes del núcleo familiar, a los aportantes y a las entidades territoriales.

El afiliado deberá registrar la solicitud expresa de la movilidad a los integrantes de su núcleo familiar con derecho a ser inscritos, en el formulario físico o electrónico, de acuerdo con lo previsto en la presente Parte.

La novedad de movilidad del régimen contributivo al régimen subsidiado deberá ser registrada por el afiliado al día siguiente de la terminación de la vinculación laboral o de la pérdida de las condiciones para seguir cotizando como independiente y a más tardar el último día calendario del respectivo mes o al día siguiente del vencimiento del período de protección laboral o del mecanismo de protección al cesante, si los hubiere". (Negrilla fuera del texto original).

Este requisito cobra mayor vigor cuando el mismo reglamento lo erige como una limitación a la movilidad, es decir, como un precepto sin el cual no es posible movilizar al afiliado:

"Artículo 2.1.7.13 Limitaciones a la movilidad. No habrá lugar a la movilidad y deberá realizarse el traslado de EPS entre regímenes diferentes, cuando se presente alguna de las siguientes situaciones:

1. Cuando el afiliado y su núcleo familiar cambien de lugar de residencia y la EPS donde se encuentra el afiliado no tenga cobertura geográfica en el respectivo municipio.

2. Cuando a la terminación del vínculo laboral o contractual del trabajador dependiente o independiente, agotados el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, si los hubiere, no reúne las condiciones para seguir como cotizante, afiliado adicional o como beneficiario, y no registra la novedad de movilidad en los términos previstos en el artículo 2.1.7.8 del presente decreto.

3. Cuando no se registra la novedad de movilidad de los beneficiarios que pierden las condiciones establecidas para ostentar dicha calidad y no reúnen las condiciones para seguir inscritos en la misma EPS como cotizante dependiente, cotizante independiente o afiliado adicional.

En los eventos previstos en los numerales 2 y 3 del presente artículo el afiliado cotizante o los beneficiarios en el régimen contributivo deberán adelantar su inscripción en una EPS del régimen subsidiado y registrar la novedad de traslado."

Desde luego que, este simple requisito no es una traba que propicie la pérdida de cobertura de los servicios de salud de los afiliados al régimen contributivo que padecen una contingencia y tienen que movilizarse al subsidiado, puesto que la misma norma previó tal situación y reguló la efectividad de la novedad de movilidad en aras de proteger la continuidad de la prestación de los servicios de salud:

"Artículo 2.1.7.10 Efectividad de la novedad de movilidad. La novedad de movilidad del régimen contributivo al régimen subsidiado, una vez registrada en el Sistema de Afiliación Transaccional en los términos del artículo 2.1.7.8 del presente decreto, producirá efectos a partir del día siguiente al vencimiento del período de protección laboral o del mecanismo de protección al cesante si el afiliado cotizante tuviere derecho a ellos; si no los tuviere, a partir del día siguiente al vencimiento del período o días por los cuales se efectuó la última cotización.

La novedad de movilidad del régimen subsidiado al régimen contributivo producirá efectos a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha del registro de la novedad de movilidad en el Sistema de Afiliación Transaccional".

Es así que, antes de emprender el análisis del objeto y alcance del SISBÉN en las políticas públicas y derechos de los ciudadanos, conviene destacar que la

afiliación al régimen subsidiado se encuentra sujeta a la obtención de los siguientes puntajes, según la Resolución 3778 de 2011:

<i>Nivel</i>	<i>Puntaje de Sisbén III</i>		
	<i>14 ciudades</i>	<i>Otras Cabeceras</i>	<i>Rural</i>
<i>1</i>	<i>0 - 47.99</i>	<i>0 - 44.79</i>	<i>0 - 32.98</i>
<i>2</i>	<i>48.00 - 54.86</i>	<i>44.80 - 51.57</i>	<i>32.99 - 37.80</i>

4. Del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén).

El Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén) ha sido comúnmente relacionado con el régimen subsidiado de salud; sin embargo, este no es sinónimo de aquél, debido a que el SISBÉN funciona como una herramienta de focalización de la población vulnerable. Así lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia T-716 de 2017:

"El Sistema de Identificación y Selección de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBEN- es un mecanismo de focalización del gasto social, que permite seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de Colombia. La Corte Constitucional ha señalado que es un instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Constitución Política, ya que "constituye el primer paso del proceso de asignación de recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13)".

La Corte ha entendido que el SISBEN es una herramienta esencial para que las autoridades públicas hagan efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados. Por lo tanto, la Corte ha considerado "el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBEN de manera igualitaria y, a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla con su objetivo constitucional a cabalidad". En consecuencia, las autoridades deben garantizar el acceso de los grupos en condiciones de vulnerabilidad al SISBEN, con el fin de suplir sus necesidades materiales más urgentes".

Entonces, tenemos que el SISBÉN es un mecanismo empleado para la identificación de las personas que pueden ser potenciales beneficiarias de los

programas encargados de distribuir el gasto público, así como del régimen subsidiado de salud:

"Para el caso concreto, es fundamental recordar que el Sisbén ha servido como instrumento de focalización del régimen subsidiado de salud del Sistema General de Seguridad Social. En particular, ha sido fundamental para dar cumplimiento a la obligación de ampliación progresiva hacia la cobertura universal de la seguridad social contemplada en la Ley 100: "al cierre del 2015, la cobertura en salud llegaba a 97%, debido al aumento de los afiliados al régimen subsidiado para los cuales el Sisbén fue utilizado como criterio de entrada". Sentencia T-192 de 2019.

En igual sentido al de la jurisprudencia reseñada, el Decreto 441 de 2017, "Por el cual se sustituye el Título 8 del Libro 2 de la Parte 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007 respecto del instrumento de focalización de los servicios sociales, y se dictan otras disposiciones", ha establecido:

"ARTÍCULO 2.2.8.1.1. Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén). El Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén), es un instrumento de la política social, para la focalización del gasto social, el cual utiliza herramientas estadísticas y técnicas que permiten identificar y ordenar a la población, para la selección y asignación de subsidios y beneficios por parte de las entidades y programas con base en las condiciones socioeconómicas en él registradas.

ARTÍCULO 2.2.8.1.2. Sisbén y programas sociales. El Sisbén opera a través de un sistema de información y es neutral frente a los programas sociales. En consecuencia, el ingreso al Sisbén por sí mismo no otorga el acceso a los programas sociales".

Por supuesto, la consolidación de una herramienta tecnocrática de esta amplitud implica la coordinación de diferentes autoridades, por ende, a partir del capítulo II de la norma en cita se reglamentan las actividades que se encuentran a cargo del Departamento Nacional de Planeación y de los entes territoriales.

Las entidades y los programas son los responsables de la selección de los beneficiarios o de la asignación de subsidios y beneficios.

A pesar de las intenciones del mecanismo que se estudia, no se encuentra exento de falencias en el contenido de la información que reporta, puesto que el resultado final puede no coincidir con las reales condiciones materiales de vida de la población sometida a escrutinio o, incluso, reportarse una información que no está actualizada. En esta misma dirección se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-547 de 2015:

*"Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, el Sisben es un instrumento adecuado para lograr el objetivo previamente señalado y, por tanto, no cabría por vía de tutela intervenir en el proceso que se lleva a cabo para la obtención de la información requerida y su clasificación. **No obstante, la Corte también ha resaltado que el sistema puede presentar deficiencias, sobre todo en lo relacionado con la determinación de las condiciones de vulnerabilidad de cada persona en particular, pues para arribar a un resultado, se excluyen factores de gran relevancia, como por ejemplo enfermedades que padezca, situación de discapacidad, tratamientos médicos y distintos riesgos a los que se pueda ver expuesta, lo que en cierta medida, además de generar una posible afectación del derecho fundamental a la salud, podría conllevar una vulneración del derecho fundamental al habeas data.***

(...)

Bajo ese orden, existe una tensión con el derecho fundamental al habeas data, pues, además de no plasmar información que indique de manera completa la situación de la persona, al acudir ante las autoridades competentes con pruebas que demuestran que el resultado no es acorde a la realidad y solicitar una nueva evaluación, las cosas se mantienen intactas. Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que procede ordenar a la entidad correspondiente la clasificación en el Nivel 1 de Sisben, en el evento en que se identifique en el caso concreto que: sean personas que (i) padecen una discapacidad física o mental; (ii) requieren atención médica inmediata o la prestación permanente de servicios de salud; (iii) no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar por su cuenta la atención médica que necesitan; (iv) se encuentran clasificadas en el nivel tres (3) o cuatro (4) del SISBEN a pesar de las limitaciones anotadas; y (v) en razón de su incorrecta clasificación en el SISBEN y de su precaria situación económica, no han gozado de la atención médica debida".

En ese escenario, se ha señalado también que mientras se surte el trámite de afiliación de la persona a un EPS del Régimen Subsidiado, la entidad correspondiente debe asegurarse que se continúen prestando los servicios de salud que se requieran sin ningún tipo de interrupción.

En caso de que no se reúnan los anteriores requisitos, procede la realización de una nueva encuesta, pero con la particularidad de que la misma debe ser individual y a su vez incluir todas aquellas circunstancias bajo las cuales se encuentra la persona y afecten su situación de vulnerabilidad, siempre y cuando se encuentre acreditado que debe estar clasificada en un nivel de mayor protección.

*Así las cosas, cabe concluir **que si bien se ha reconocido que el Sisben es una herramienta adecuada para lograr la focalización del gasto social y permitir el acceso de la población más vulnerable a los servicios de salud, dicho instrumento evidencia falencias relacionadas con la indebida evaluación de los posibles beneficiarios**, al no incluir todos los factores que pueden afectar su real condición, lo que va en contravía, no solo del derecho a la salud, pues en algunos casos el resultado de la encuesta impide al sujeto su acceso al mismo, sino, también, del derecho fundamental al habeas data, en razón a que se consagra una información que no es verdadera. A la luz de lo anterior, corresponde al juez constitucional bien sea ordenar la realización de una nueva encuesta individual en la que se incluyan todos los aspectos que influyen en la situación de la persona o, directamente la clasificación en el Nivel 1 de Sisben, dadas las circunstancias de cada caso".* (Negrilla fuera del texto original).

Reiterando esta posición y, además, poniendo sobre la mesa la evidente solución a las dificultades que presenta el SISBÉN, la Corte Constitucional afirmó en su sentencia T-192 de 2019 que, en protección del derecho al habeas data y los demás que se encuentran en pugna, las entidades competentes para recopilar, tratar y publicar la información del SISBÉN debían corregirla y actualizarla ante las inconsistencias:

"Este Tribunal, en control concreto de constitucionalidad, también se ha pronunciado sobre las imprecisiones de las bases de datos del Sisben y ha establecido que la información que se recoge a través de las encuestas para poder identificar a la población en condiciones de vulnerabilidad guarda especial relación con el derecho fundamental al habeas data. Por esta razón, ha considerado que "de presentarse alguna omisión o inconsistencia los datos recogidos deben ser corregidos o actualizados".

Después de haber realizado un lacónico examen respecto del derecho a la salud y el derecho a la vida, el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales, procede el Despacho a evaluar los reparos puntuales del impugnante, debido a la congruencia que debe guardar esta providencia con los reparos planteados.

5. Del caso en concreto y la impugnación de Salud Total E.P.S.

Las inconformidades presentadas por la E.P.S. se centran en que el señor Ricardo Albeiro Díaz Pinilla y su beneficiaria, Danna Valeria Díaz Medina, se encuentran en el régimen contributivo como cotizante y beneficiario, respectivamente. Al respecto, informa que el señor Díaz Pinilla reporta un contrato como independiente. Además, pone de presente que el puntaje de éste es de 62,78, por lo que existe otro motivo para no posibilitar su movilidad al régimen subsidiado de dicha E.P.S.

Con referente a este último reproche, la Jueza Tercera Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. le ordenó al Departamento Nacional de Planeación que publicara los nuevos resultados de la encuesta efectuada al núcleo familiar de la menor Danna Valeria Díaz Medina, por lo que hoy en día se puede apreciar que el puntaje obtenido es de 46,43. Esto, *per se*, implica que no hay lugar a tener en cuenta este ataque a la sentencia de primera instancia, como quiera Salud Total E.P.S. puede corroborar ese puntaje al ser de público acceso y poder obtenerlo en su condición de entidad promotora de salud.

Valga acotar que en los términos del Decreto 780 de 2016, la Resolución 3778 de 2011 y la jurisprudencia en cita este puntaje le permite al núcleo familiar acceder al régimen subsidiado.

En torno al primer motivo de inconformidad, evidencia el Despacho que las páginas 30 y subsiguientes de los anexos del escrito de tutela dan cuenta de que la señora Medina López comunicó a la E.P.S. que ya no tenían los recursos para seguir pagando su afiliación como independientes, pues su situación real era de desempleo. Y aunque en principio no se cumplió con el reporte de la novedad de movilidad al régimen subsidiado de la E.P.S., empero, la Entidad Promotora de Salud tenía pleno conocimiento de la situación de desempleo del núcleo familiar y de su voluntad inquebrantable de movilizarse al régimen subsidiado.

Esto se acompasa con el nuevo puntaje que obtuvo el hogar de Danna Valeria Díaz Medina, que refiere a situaciones de apremio al interior de su familia y aun así la E.P.S. impugna el fallo e insiste con que el señor Ricardo Albeiro Díaz Pinilla recibe ingresos como independiente, forzando al hogar a realizar cotizaciones al régimen contributivo en una actitud que riñe con la dignidad humana, según percibe esta Juzgadora y lo ha manifestado la Corte Constitucional:

"Algunos ciudadanos adeudan cotizaciones al sistema por una grave incapacidad económica y porque su situación particular (como madres cabeza de familia sin ingresos, en estado de vulnerabilidad, con niños de estado de salud frágil y a merced de la caridad de sus familiares) no les permite seguir perteneciendo al régimen contributivo como cotizantes, por lo cual pretenden trasladarse al subsidiado; en consecuencia, exigirle a estas personas en circunstancias verdaderamente precarias el pago de lo debido para trasladarse de EPS y de régimen, significaría agravar innecesariamente su situación, poniendo en riesgo su mínimo vital y su seguridad social, teniendo en cuenta que la entidad tiene a su disposición otros mecanismos administrativos y judiciales para recuperar tales recursos, que no impliquen llevar al usuario al límite de sus posibilidades ... Debe evidenciarse que el usuario decide cambiarse de EPS porque sus ingresos cesaron de manera repentina y que difícilmente podrán restablecerse, tanto así que no pretende trasladarse a otra entidad del régimen contributivo, si no, a una del régimen subsidiado; (ii) en lo que respecta al tiempo de permanencia: si el usuario registra un término mayor

*a 12 meses (tiempo mínimo de afiliación establecido por el artículo 44 del Decreto 1406 de 1999) con cotizaciones ininterrumpidas demostrando responsabilidad con sus obligaciones para con el sistema, se presumirá su intención de cumplirlas; y finalmente, (iii) **las características especiales del caso deberán materializarse en la presencia de sujetos de especial protección constitucional dentro del núcleo familiar en estado de vulnerabilidad y en situación de salud frágil y amenazada.** Por lo tanto, resulta contrario a los preceptos constitucionales que, comprobando las anteriores circunstancias específicas, se impida el retiro y posterior traslado de un usuario del régimen contributivo al subsidiado. En conclusión, por regla general se le debe exigir a un usuario el paz y salvo con su anterior EPS para que se haga efectivo un traslado a otra entidad; sin embargo, en circunstancias específicas en las cuales se evidencie la imposibilidad del ciudadano de cumplir el requisito mencionado, resulta inadecuado que las entidades promotoras de salud no les autoricen el retiro y posterior traslado por mora en las cotizaciones".* (Negrilla fuera del texto original) Sentencia T-382 de 2013.

Así las cosas, para el caso en concreto la E.P.S. ni siquiera pone de relieve la novedad de movilidad o el paz y salvo con la E.P.S., sino que insiste en que el núcleo familiar de Danna Valeria Díaz Medina debe de continuar cotizando, prescindiendo del análisis de sus recursos económicos.

Por demás está decir que el informe rendido por el señor Díaz Pinilla dio cuenta de su real situación de desempleo, ya que incluso aportó las constancias de las consignaciones que le eran entregadas por parte de los familiares de su compañera para sobrellevar su aguda situación.

En conclusión, la impugnación del fallo de tutela no está llamada a prosperar y por consiguiente se confirmará la decisión de primera instancia.

VIII. DECISIÓN

En razón a lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el fallo de tutela de fecha dos (2) de julio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., acorde con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11581 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

TERCERO: **ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Jueza,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Yudy', with a stylized flourish underneath.

YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

Kjma.