



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja diez (10) de agosto de dos mil quince (2015)

Demandante: Martha Clemencia López Castiblanco
(José David Matamoros López)
Demandado: CAPRECOM EPS'S– Oficina Sisben Tunja
Radicación : 15001333011201500155-00
Acción de tutela

Decide el Despacho en primera instancia sobre la acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo, agenciando los derechos de la señora Martha Clemencia López Castiblanco, como representante legal del menor José David Matamoros López, contra CAPRECOM EPS y la Oficina de SISBEN del Municipio de Tunja.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La Defensoría del Pueblo Regional Boyacá, solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, en conexidad con la salud y la seguridad social y el derecho a un adecuado nivel de vida, del menor José David Matamoros López.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se ordene Gerente de CAPRECOM EPS'S y a la Oficina del SISBEN de Tunja, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, afilien al menor José David Matamoros López y que se prevenga a los gerentes o representantes de tales oficinas, que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron lugar a la presente acción de tutela, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

2. Hechos

Refiere la parte actora que la señora Martha Clemencia López Castiblanco se encuentra afiliada al SISBEN desde hace más de 10 años y que es madre de dos (2) hijos, Julián Felipe López de 22 años de edad quien reside en Bogotá y es independiente y José David Matamoros López, de 7 años de edad, quien sufre de dolores abdominales, según se desprende de la historia clínica.

Aduce que el padre del menor José David Matamoros López, al momento de su nacimiento lo afilió a seguridad social y le dio su apellido y que posteriormente fue despedido del trabajo, razón por la cual no pudo seguir cotizando, quedando el menor desafiado del sistema de seguridad social. Agrega que el padre del menor consiguió un trabajo provisional, pero no afilió al menor debida a que en este momento tiene otra familia y se encuentra demandado por alimentos. Manifiesta que CAPRECOM EPS'S no afilió al menor debido a que su padre aparece afiliado al régimen contributivo. Agrega que José David Matamoros López tiene problemas de aprendizaje, requiere terapias de lenguaje ocupacional y debe ser controlado por pediatras, las cuales no se encuentra en capacidad de costear "...debido a que trabaja un día a la semana..." (f. 2).

3. Fundamentos de derecho

Manifiesta el Defensor Público Delegado que en el presente caso se está violando el derecho a la vida en conexidad con la salud y la seguridad social, ya que no se han realizado de forma ágil, los trámites tendientes a efectuar la afiliación del menor al SISBEN y por ende a la EPS CAPRECOM, donde se encuentra afiliada su señora madre Martha Clemencia López Castiblanco.

Aduce que además se está violando el derecho a un adecuado nivel de vida, el cual se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que conforme a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, prevalecen sobre el orden interno.

4. Contestación de la tutela

Las entidades accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

4.1. Secretaría de Protección Social del Municipio de Tunja – Interventor interno del Régimen Subsidiado (f. 21 s.)

Manifiesta que según la norma de seguridad social en salud, el menor debe ser afiliado por su progenitor, el cual goza de seguridad social como cotizante, en el régimen contributivo. A renglón seguido, señala que se opone a las pretensiones de la acción de tutela, debido a que el Municipio de Tunja no ha vulnerado derecho alguno, pues es obligación legal del padre del menor, afiliarlo al régimen contributivo así no quiera hacerlo.

Explica que aunque la madre del menor se encuentra afiliada al régimen subsidiado, la norma legal obliga a que la afiliación del menor se efectúe a través de la EPS a la que se encuentra afiliado el padre, que en este caso es NUEVA EPS, pues el citado señor se encuentra activo desde el día 20 de diciembre de 2014, “...lo que hace imposible la afiliación del menor al régimen subsidiado, pues el sistema detecta por el registro civil quien es su progenitor y estado en el FOSYGA...” (f. 22). Agrega que en este caso prima el régimen contributivo sobre el subsidiado y que por ello la oficina de aseguramiento del Municipio de Tunja debe abstenerse de afiliar al menor, dado que es deber de su padre, así tenga otra familia.

Solicita que se ordene la afiliación del menor como beneficiario de su señor padre José Luis Matamoros Buitrago, a la Nueva EPS, pues de lo contrario se estaría perdiendo la oportunidad de afiliar a otra persona que de verdad lo necesite. Seguidamente transcribe apartes del portal institucional del SISBEN, relacionados con los criterios definidos por el CONPES para la identificación, selección de beneficiarios y asignación del gasto público social.

4.2. CAPRECOM EPS'S Territorial Boyacá (f. 31 s.)

Refiere el Director del Ente accionado que todas las personas que se encuentren vinculadas a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, están obligados a afiliarse al régimen contributivo al que quedarán afiliados como beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante (hijos).

Aduce que el Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 9 establece que el núcleo familiar está conformado por el cónyuge o compañero permanente y los hijos mejores de 18 años. Agrega que según el parágrafo 3 del citado artículo cuando uno de los cónyuges o compañero permanente ingrese al régimen contributivo como cotizante, los demás miembros del núcleo familiar del régimen subsidiado, deben pasar a formar parte del grupo familiar del régimen contributivo, salvo las excepciones previstas en los numerales 5 y 6 de la citada disposición.

Aduce que en estos momentos la EPS a la cual se encuentra afiliado como cotizante el padre del menor, debe brindarle la continuidad en el servicio de salud, tal como lo establece la ley. Agrega que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación continua del servicio médico, siendo reiterativa al afirmar que las entidades públicas y privadas deben prestarlo.

Explica que la Corte ha desarrollado dos criterios sobre los cuales descansa el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos: **i)** la necesidad del paciente de recibir tales servicios y **ii)** los principios de buena fe y la confianza legítima. Agrega que en sentencia T-765 de 2008, se señaló que en desarrollo de tales criterios, existen ciertos supuestos básicos bajo los cuales no es admisible constitucionalmente que una Entidad que presta servicios de salud se abstenga de suministrarlos de manera continua, permanente y oportuna.

II. CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. De la competencia

El Despacho advierte que asumirá la competencia del proceso de la referencia en los términos esbozados por la jurisprudencia pacífica de la Corte Constitucional, que señala que debe asumir competencia el Juzgado al cual sea repartida la solicitud de tutela. Tal criterio puede observarse en Auto 033/14 en el cual se precisó que “...*los únicos conflictos de competencia existentes en tutela son los relacionados con el factor territorial y los que se presentan en acciones dirigidas contra medios de comunicación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991. En eventos como el presentado en esta oportunidad, el funcionario judicial a quien correspondió en primer lugar el conocimiento de la acción de tutela debe tramitarla o decidir su impugnación, según sea el caso...*”.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho establecer si las entidades accionadas están vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida digna e integridad personal del menor José David Matamoros López y la señora Martha Clemencia López Castiblanco, José David Matamoros López, por la no afiliación de éste último al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para desatar el problema jurídico, el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

3. De la agencia oficiosa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada

o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante; que “...También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...”, circunstancia que “...deberá manifestarse en la solicitud...” y de igual manera podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

Frente al tema de la agencia de derechos de terceros, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que de conformidad con el artículo precitado, “...la acción de tutela, al ser un mecanismo que primordialmente busca la defensa de los derechos fundamentales, puede ser interpuesta no solo por el titular del derecho, sino también por otra persona que actúe en su nombre y representación. Por ejemplo, un agente oficioso...” (Negrilla fuera de texto).¹

Explicó la Corte Constitucional en el precitado pronunciamiento que la agencia oficiosa busca proteger a quien temporal o definitivamente no puede defenderse y que su sentido se encuentra en la eficiencia de los derechos fundamentales, pues en muchos, los titulares de un derecho no cuentan con posibilidades fácticas para interponer una acción de tutela. “...Por ejemplo, por tratarse de menores de edad, interdictos, personas con afectaciones graves en su salud, o sencillamente porque carecen de posibilidades para acudir a un abogado...”. Según decantó la Corte, en esos casos, “...Previendo la supremacía de los derechos fundamentales, el artículo 86 Superior permitió que un tercero actuara en este trámite constitucional para defender los derechos de quien no puede hacerlo. Si fuera de otra forma, los derechos de abundantes personas con impedimentos para acudir ante los jueces, carecerían de contenido material...”.

En este caso, la acción de tutela es presentada por la Defensoría del Pueblo a través de uno de sus apoderados, de manera que el interés y/o legitimidad se encuentran más que satisfecha. Encontrándose cumplida entonces la exigencia contenida en el inciso segundo del artículo 2591 de 1991, es procedente analizar el fondo del asunto.

¹ SENTENCIA T-129 DE 2014.

4. Protección constitucional del derecho fundamental a la salud y la seguridad social

La Corte Constitucional ha creado una abundante línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental², de tal forma que le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.³

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “...*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser....*”⁴. Esta definición responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, la Ley 100 de 1993 implementó en el Territorio Nacional el sistema de seguridad social integral, fijando las condiciones para acceder a los servicios. La citada normatividad contiene, no solo los fundamentos, dirección, organización y funcionamiento del sistema de salud, sino también las normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.⁵

En cuanto a los participantes del sistema, previó el régimen legal que “...*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*

² Ver, entre otras, sentencias T-016/07, Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P. : Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa, T-820/08, M.P. : Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P. : M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-566/10, M.P. : Luis Ernesto Vargas Silva

³ Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Sentencia T-597/93, M.P.: Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ ARTÍCULO 152.

participantes vinculados...”, con lo cual se distinguieron dos (2) tipos de afiliados:

“...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...”⁶ (Negrilla fuera de texto).

Según el artículo 202 de la citada Ley 100 las personas que hacen parte del régimen contributivo son aquellas que se encuentran vinculadas con el sistema a través de un aporte económico financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Dispone la norma:

**“CAPÍTULO I.
DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO**

ARTÍCULO 202. Definición. *El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.”*

Así mismo señaló el artículo 203 ibidem que “...Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157...” es decir, **las personas vinculadas a través de contrato de trabajo**, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Nótese entonces que la norma incluyó como parte del régimen contributivo a todos los trabajadores, sin distinción alguna, situación que resulta entendible si se tiene en cuenta que la solidaridad es uno de los pilares fundamentales del sistema, pues éstos son los que financian la prestación del servicio a

⁶ ARTÍCULO 157. Ley 100 de 1993.

quienes pertenecen al régimen subsidiado, aspecto previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1122 de 2007 en los siguientes términos:

“...La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado...”.

Frente al particular se manifestó la Corte Constitucional de la siguiente manera:

*“...Adviértase entonces que el inicial artículo 204 de la Ley 100 de 1993 preveía que, **toda persona afiliada al régimen contributivo en salud (vinculada mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago), debían pagar una cotización obligatoria del 12% del salario base de cotización.** En el caso de los particulares contratistas y servidores públicos, el antiguo artículo 204 de la Ley 100 de 1993, disponía que dicho porcentaje se repartiría de la siguiente manera: 2/3 partes a cargo del empleador (8%) y 1/3 (4%), a cargo del trabajador. Por el contrario, en el caso de los pensionados y de los trabajadores independientes, al carecer evidentemente de empleador, debían asumir la totalidad del pago de la cotización, es decir, el 12%.*

En tal sentido, el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 incrementó, a partir del 1º de enero de 2007, el monto de la cotización en salud del 12% al 12.5% del ingreso o salario base de cotización. En cuanto a la distribución de la cotización, la norma dispone que el empleador asumirá el 8.5% de la misma, es decir, se le incrementó en 0.5%, en tanto que aquella a cargo del trabajador se mantuvo en un 4%.

Pues bien, un examen atento del artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 evidencia que (i) a partir de la reforma a la Ley 100 de 1993, los trabajadores activos, sean particulares o servidores públicos, seguirán cotizando el mismo 4% del ingreso o salario base de cotización; (ii) la parte de la cotización en salud a cargo de los empleadores se incrementó en 0.5%, es decir, aumentó del inicial 8% al 8.5%; (iii) quienes carecen de empleador, por ser pensionados o trabajadores independientes, deberán cancelar ya no el 12% inicial sino un 12.5% del ingreso, destinado al sistema general de seguridad social en salud...”⁷

Vistas las circunstancias que rodean el presente caso, encuentra el Despacho que el asunto no versa sobre la negación de los servicios médicos

⁷ SENTENCIA C-1000 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

por parte de la Entidad Prestadora de Salud afiliada. Así mismo, el problema jurídico tampoco se deriva de la desafiliación del menor y la interrupción de los servicios de salud, sino que el eje fundamental de la acción de tutela se centra en establecer si a través del mecanismo constitucional es posible ordenar que se afilie al menor al régimen subsidiado, cuando uno de sus padres pertenece al contributivo y se encuentra activo, mientras el otro permanece en el régimen subsidiado.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general, la acción de tutela no es procedente para ordenar la afiliación de personas a las administradoras de régimen subsidiado, dado que *“...la asignación de una A.R.S. está sometida a procedimientos administrativos que la Corte no puede ignorar ni pasar por alto...”*. Sin embargo, ha precisado la Máxima Corporación que el juez constitucional *“...debe velar que los participantes vinculados al sistema reciban, aún sin la asignación de una administradora, la prestación de los servicios en salud en todas las entidades públicas que tengan contrato con el Estado...”*⁸, criterio que fue ratificado en sentencia T-406 de 2015, en la cual se precisó que al momento de asumir la competencia de la tutela, es preciso observar las competencias preferentes otorgadas a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de diferenciar cuando se esté ante casos que envuelvan verdaderas violaciones a las actividades, procedimientos e intervenciones relativas a los servicios de la Salud, en razón a que las garantías susceptibles de tutela, son las relacionadas con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida. Al respecto señaló la Corte:

“...3.22. Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS.

3.23. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las

⁸ SENTENCIA T-223 DE 2005. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales.

3.24. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma... ”.⁹

En este caso, consideran las accionadas que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 415 de 2009, que en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993,¹⁰ define como beneficiarios del régimen subsidiado a “...*toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados al Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción...*”, el menor José David Matamoros López no puede ser incluido al sistema de salud, como beneficiario del régimen subsidiado, en atención a que su padre se encuentra afiliado al régimen contributivo, circunstancia que implica que el menor, en su condición de hijo, debe estar afiliado al mismo régimen que su padre cotizante.

Por su parte, considera la parte actora que en este caso el núcleo familiar del menor José David Matamoros López no está compuesto por sus dos (2) padres, sino que el menor solamente vive con la madre, señora Martha Clemencia López Castiblanco, quien según la base de datos única de afiliación al sistema de seguridad social es madre cabeza de familia (f. 4).

Las anteriores circunstancias centran el debate respecto en un problema jurídico relacionado con la afiliación del menor, asunto que para solucionarse debe abordarse teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en el Acuerdo 015 de 2009, que frente a los beneficiarios previó en su artículo 9, las

⁹ SENTENCIA T-406 DE 2015. Magistrado Ponente: Dr.

¹⁰ “**ARTICULO. 163.- La cobertura familiar.** El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado ~~cuya unión sea superior a 2 años~~; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, (sean estudiantes con dedicación exclusiva) y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.” (Texto tachado declarado inexecutable en Sentencia C-521 de 2007).

distintas hipótesis respecto a la afiliación y traslados, que incluye situaciones como la que se debate, cuando el menor no pertenece al núcleo familiar de quien se encuentra afiliado al régimen contributivo, sino que hace parte de otro núcleo familiar que tiene una cabeza de familia que pertenece al régimen subsidiado. Dispone la norma:

Artículo 9º. Núcleo familiar. Sin perjuicio de los criterios de núcleo familiar utilizados por la encuesta Sisbén, para el proceso de selección de beneficiarios y afiliación al Régimen Subsidiado de Salud, el núcleo familiar estará constituido por:

1. El cónyuge o compañera(o) permanente.
2. Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los dos cónyuges o compañera(o) permanente.
3. Los hijos mayores de 18 años de cualquiera de los dos cónyuges o compañera(o) permanente con incapacidad permanente certificada en los términos de la Ley 100 de 1993.
4. Los hijos mayores entre los 18 y 25 años cuando sean estudiantes con una intensidad de por los menos 20 horas semanales y dependan económicamente del cabeza del núcleo familiar, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.
5. Los nietos de cualquiera de los dos cónyuges o compañera(o) permanente que sean hijos de menores de 18 años o de menores de 25 años estudiantes con una intensidad de por lo menos 20 horas semanales y que dependan económicamente del cabeza del núcleo familiar.
6. Los menores que vivan en el mismo hogar de acuerdo con la ficha Sisbén a cargo de cualquiera de los dos cónyuges o compañera(o) permanente o bajo protección de la familia.
Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su subsistencia.

(...)

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado cabeza de familia ingrese al Régimen Contributivo como beneficiario, los demás miembros del núcleo familiar que se encuentren afiliados al Régimen Subsidiado de Salud y que no reúnan las condiciones para ser afiliados al Régimen Contributivo, continuarán como beneficiarios del Régimen Subsidiado de Salud de forma individual o podrán conformar un nuevo grupo familiar con otro cabeza de familia.

Parágrafo 3º. Cuando uno de los cónyuges o compañero permanente ingrese al Régimen Contributivo como cotizante, los demás miembros del núcleo familiar del Régimen Subsidiado, pasarán a formar parte del núcleo familiar del Régimen Contributivo salvo los señalados en los numerales 5 y 6 de este artículo.

Sin embargo, ha de aclararse que en el caso sub examine, el presente Despacho carece de competencia para definir el problema planteado en sede de tutela, habida cuenta que comporta un asunto administrativo y no un tema de violación de derechos fundamentales, siendo competente para dirimirlo, acorde con la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud, aspecto que fue clarificado por la propia Corte Constitucional en la citada sentencia T-406 de 2015, en la que se reiteró el criterio relacionado con la improcedencia del mecanismo de tutela para solucionar este tipo de conflictos.

Acorde con la certificación expedida por la Secretaría de la Protección Social de Tunja (f. 5), se establece que el menor José David Matamoros López, se encuentra incluido en la base de datos de la población pobre no asegurada del Municipio de Tunja y que se emprendió el procedimiento de afiliación al régimen subsidiado, circunstancia corroborada por las accionadas en la contestación de la tutela. Sin embargo, dicha petición fue negada, al punto que a la fecha de la presente sentencia, el menor no cuenta con afiliación alguna al sistema de seguridad social en salud.

Habiéndose agotado entonces, el trámite ante las autoridades territoriales, encuentra el Despacho que, como lo advirtió la jurisprudencia, la parte aun cuenta con un mecanismo legal para la defensa de sus intereses, ante la Superintendencia Nacional de Salud, quien acorde con el Decreto 2642 de 2013, tiene la función de “...*Vigilar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluyendo los derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud, así como de los deberes por parte de los diferentes actores del mismo...*”.

En el caso de autos no obra prueba de la violación a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor y por tanto, no es procedente acceder a su amparo, pues no se ha negado la prestación de los servicios médicos y tampoco se configura un perjuicio irremediable, pues el servicio médico le fue prestado al menor por el Hospital San Rafael entre el 13 y el 16 de julio de 2015, período en el cual estuvo hospitalizado por un dolor abdominal y una faringitis viral, para luego ser dado de alta (f. 6-7).

En suma, ha de señalarse que la acción de tutela es improcedente para ordenar la afiliación del menor José David Matamoros López a CAPRECOM EPS'S como beneficiario del régimen subsidiado, habida cuenta que la competencia para definir tal asunto radica en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud acorde con lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 2462 de 2013, además que en el presente caso no se ha materializado algún hecho que constituya algún tipo de violación de los derechos fundamentales del menor, quien por el contrario, fue atendido por el Hospital San Rafael de Tunja entre los días 13 y 16 de julio de 2015 (f. 6-7); por lo anterior no se encuentra prueba que acredite amenaza a su derecho de acceso al servicio de salud.

No obstante lo anterior, es indiscutible que la negativa de la Entidad, deja al menor en condición de indefinición respecto a sus derechos a la seguridad social, sin embargo, debe tenerse presente que como lo advirtió la Corte en la multicitada sentencia T-223 de 2005, en caso que se requiera la atención de los servicios de salud, el menor puede acudir a las entidades territoriales respectivas, acorde con las competencias contenidas en la Ley 715 de 2001. Al respecto señaló la jurisprudencia:

“...6. Competencia de los departamentos y municipios para brindar el servicio de salud a los participantes vinculados.

*En concordancia con lo anterior, el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, al fijar el régimen de competencias en materia de salud para las entidades territoriales asignó a los **departamentos**, entre otras las siguientes funciones: dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción; gestionar la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas (43.2.1); financiar con los recursos propios, si lo consideran pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda (43.2.2.); organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento (43.2.4).*

*Por su parte, el artículo 44 de la Ley 715 atribuye a los **municipios** la tarea de dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su*

jurisdicción, para lo cual cumplirán, entre otras, las siguientes funciones: financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable (44.2.1.); identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado (44.2.2.); celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable (44.2.3).

El artículo 49 de la citada ley consagra que los recursos destinados a la prestación del servicio de salud que son asignados al departamento (59%) deben ser utilizados para garantizar la atención de los servicios diferentes a los de primer nivel de complejidad y el (41%) restante es destinado a financiar la atención en el primer nivel de complejidad de cada uno de los municipios y corregimientos de los respectivos departamentos. Y su parágrafo 4º dispone que “si por condiciones de acceso geográfico o funcional la población pobre por atender urbana y rural de los departamentos, distritos y municipios que hayan asumido la prestación del servicio de salud en forma directa, es remitida o demanda servicios de salud de otros departamentos o distritos; la entidad territorial responsable de la población remitida, deberá reconocer los costos de la prestación de servicios de salud a la red donde se presten tales servicios.”

Con base a lo anterior, corresponde a los departamentos garantizar la atención en salud de los servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, y a los municipios asegurar la atención de primer nivel de la población vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. De igual forma, la entidad territorial responsable de la atención médica según el nivel de complejidad debe asumir, cuando a ello hubiere lugar, los costos del traslado por razones de acceso geográfico o funcional...” (Negrilla fuera de texto).

Se colige de lo anterior que en caso que el menor llegare a requerir los servicios de salud, mientras se define el asunto relacionado con su afiliación al régimen subsidiado, corresponderá a las entidades territoriales, garantizar el acceso al servicio.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

FALLA:

PRIMERO: NIEGASE por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: El presente fallo podrá ser impugnado, que de interponerse legítima y oportunamente se surtirá ante el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá.

CUARTO: En el evento de no ser objeto de impugnación esta decisión, remítase ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dejándose las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez