Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2020 – 0321 - 01
Proveniente del Juzgado 53 Civil Municipal de Bogotá D.C.
Sentencia Segunda Instancia

Fecha: 7 de septiembre de 2020

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de segundo grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Luis Antonio Páez Delgado, identificado con la C.C. No. 80.055.787., quien actúa en causa propia.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por el tutelante contra Golden Bridge Corp S.A.S.

b) Se vinculó al Ministerio de Trabajo, a la EPS Famisanar, al Fondo de Pensiones y Cesantías Colpensiones y a la ARL Sura.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

El accionante indica que se trata del derecho fundamental al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social.

4.- Síntesis de la demanda:

a. *Hechos:* El accionante manifiesta que, inició contrato laboral individual con termino inferior a un año el 25 de septiembre de 2017, en el cargo de portero y un salario mensual de $ 738.000 m/cte. Habiendo suscrito otro si a partir del 01 de enero de 2018, en el cargo de ejecutivo de verificación en la ciudad de Bogotá y salario de $ 781.242.

Su empleador es Golden Bridge Corp S.A.S., y se encuentra afiliado a EPS Famisanar, Colpensiones, y ARL Sura.

El 29 de febrero de 2020, presentó contusión de rodilla, con cuadro clínico sufestivo (sic) de lesión meniscal. El 5 de marzo de 2020, fue diagnosticado con código M233 otros trastornos de meniscos. Posteriormente, el 15 de mayo de 2020, le realizan examen físico con fibromas laxos en axilas y cuello, dolor a la palpación de rodilla derecha, limitación de arcios (sic) de movimientos y signos de lesión ligamentaria, la cual genera incapacidad medica por 7 días, por lesión meniscal y ligamentaria. El 26 de mayo de 2020, se evidencia a través de resonancia, lesión meniscal y de ligamento colateral, la cual genera nueva incapacidad por 4 días, resumen paciente con 2 meses de trauma en rodilla derecha, con posterior dolor, edema y limitación para el apoyo, tiene rm de rodilla derecha, lesión menisco interno con quiste parameniscal. Se programa cita con anestesiología para el día 6 de junio de 2020, para programación de cirugía por sinovectomia de rodilla total por artroscopia y sutura de menisco medial y lateral por artroscopia.

Precisa que, desde el 27 de abril de 2020, ha venido informando a su empleador de su estado de salud, tratamiento e incapacidades. Sin embargo, el 21 de abril de 2020, le notificaron de la terminación de su contrato y de la practica del examen medico de egreso, del cual solicitó copia, sin que la misma le haya sido entregada.

Aduce que, su situación económicamente se encuentra devastada, no lo reciben en ningún lado porque se encuentro enfermo, su núcleo familiar es de tres personas, su esposa Eva Maria Gomez, un hijo tiene 18 años otra de 9 años. Por lo que, debe responder por la manutención de sus dos hijos, únicamente del ingreso de su trabajo, no cuenta con vivienda propia por lo que debe pagar un arriendo con los respectivos servicios públicos, como se puede ver su situación afecta su mínimo vital, al no tener ningún ingreso para el sustento de mi familia.

b. *Petición:* Se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la compañía Golden Bridge Corp S.A.S., que proceda a reintegrarlo al cargo que ocupaba en iguales o mejores condiciones a las que tenía, pago de salarios prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de pagar a que tengo derecho, al no tener en cuenta que en el

momento de pasarle la carta de terminación de contrato, se encontraba en tratamiento médico y con incapacidad médica.

5- Informes:

a) Golden Bridge Corp S.A.S

Manifestó que, el accionante ingresó a laborar en Golden Bridge Corp SAS, el 25 de septiembre de 2017, con un contrato laboral a término fijo. Aclara que el cuadro clínico por sí mismo no representa una discapacidad y mucho menos una debilidad manifiesta. Adjunto en efecto el accionante presentó al empleador certificado de incapacidad laboral del 05 al 19 de marzo de 2020. No obstante, dentro del periodo del 20 de marzo de 2020 al 24 de mayo de la corriente anualidad no presentó ningún tipo de incapacidad o prueba documental de que se le estuviese adelantando algún tipo de procedimiento médico.

Mediante correo electrónico de fecha 23 de mayo de 2020, se le remitió al señor Paez Delgado la orden de examen de Egreso, al cual nunca se presentó. Adicional a ello las dolencias físicas no han sido materia de reclamación ante la ARL, ni en la actualidad se encuentra abierto un caso por enfermedad laboral y/o accidente de trabajo. El día 21 de abril de 2020, se le informó la decisión de terminar su contrato laboral a término fijo, bajo la causal precisamente de expiración del término, el término del contrato finalizaba el 24 de mayo de 2020 y se dio el respectivo preaviso con más de un mes de anticipación, conforme lo previsto en el artículo 46 del código sustantivo de trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el contrato individual de trabajo.

Manifiesta que, la señora Eva María Gómez, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.770.188, conforme la información que arroja el ADRES, tiene tipo de afiliación como cotizante del régimen contributivo y su estado es activo, lo que indica de manera inequívoca que actualmente se encuentra laborando.

Adjunto a lo anterior, acorde con el documento de actualización de datos de la empresa, el mismo trabajador en su momento informó que su compañera permanente actual es la señora Luz Marlen Cortes Murillo, quien fue afiliada por cuenta del Señor Páez Delgado, como su beneficiaria en salud y caja de compensación familiar. La mencionada Señora es

propietaria del apartamento 402 de la torre 40 del conjunto la esperanza 1 ubicado en la carrera 19A No. 1-175 de Soacha (Cundinamarca) donde actualmente reside el accionante.

Me opone de igual manera, a las pretensiones de esta acción constitucional, pues la empresa no le ha vulnerado ningún tipo de derechos al accionante, pues su contrato fue terminado en debida forma, conforme lo prevé la ley para ese tipo de contratos a término fijo y adicional a ello con el respectivo preaviso esto es con más de un mes de antelación. Al trabajador se le pagaron todos sus derechos y acreencias laborales incluidos en estos los salarios a pesar de que después de que se acabó su incapacidad, no se presentó a laborar (periodo del 20 de marzo al 24 de mayo de 2020) periodo en el que muchos de sus compañeros realizaron labores de teletrabajo, y también se le pagaron todas prestaciones sociales en la respectiva liquidación.

De igual forma, al momento de su despido no se encontraba incapacitado, no tenía ningún procedimiento medico pendiente o por lo menos no que haya informado a su empleador y tampoco tenía algún caso abierto ante su ARL por cuenta de una enfermedad laboral o accidente de trabajo. El ex trabajador hizo caso omiso a realizarse el examen de egreso, a pesar de habérsele entregado la orden oportunamente y se dejó en evidencia que no se ha afectado su mínimo vital por cuanto su esposa actualmente se encuentra laborando y puede responder por su hijo y además su compañera permanente es propietaria de un apartamento lo que hace presumir que no debe pagar arriendo.

Indica que, la terminación del contrato se realizó observando todos los requisitos legales para ello y si de todas maneras el trabajador considera que fue despedido de manera indebida o injusta, la acción de tutela no es el mecanismo judicial llamado a resolver este conflicto obrero patronal, pues el legislador ha dispuesto una jurisdicción especial de lo laboral en donde se pueden ventilar este tipo de controversias jurídicas a través del proceso ordinario laboral, en donde se podrá tener un escenario propicio para presentar y contradecir las pruebas y en general llevar los elementos de juicio suficientes al juez para que este adopte una decisión ajustada a derecho, razón por la cual se debe afirmar que esta acción de tutela resulta totalmente improcedente.

Alegó ausencia de estado de debilidad manifiesta, ausencia de perjuicio irremediable, solicitando se niegue el amparo solicitado.

b) Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Manifestó que, revisados los argumentos que dieron origen a la acción de tutela, se evidencia que la inconformidad objeto de la acción constitucional radica en las acciones llevadas a cabo por Golden Bridge Corp S.A.S, respecto a la terminación del contrato de trabajo, por lo tanto, corresponde a dicha entidad demostrar las acciones adelantadas para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se consideran menoscabados.

De igual manera, verificados los sistemas de información que tiene esa administradora, se observó que no se encuentra petición presentada ante esa entidad que este pendiente de respuesta, hecho que se confirma con el traslado de tutela y anexos donde se evidencia que el accionante no aporta siquiera prueba sumaria en la que se evidencie que en ejercicio de la petición hubiese puesto en marcha la administración, de lo que se entiende un uso indebido de la acción constitucional por cuanto alega la vulneración a derechos fundamentales y esa entidad tiene conocimiento solo a partir de la notificación de la acción.

Informa que revisado el cuaderno administrativo del señor Luis Antonio Páez Delgado, no se evidencia solicitud de reconocimiento de subsidio por incapacidad, como tampoco trámite para calificación de pérdida de capacidad laboral, adicionalmente, la EPS Famisanar no ha remitido concepto de rehabilitación en el que se indique sí el pronóstico es o no favorable.

Respecto a las pretensiones de la acción, aduce se configura, ausencia de legitimación por pasiva". Adicionalmente manifiesta que, es visible que Colpensiones, ha obrado de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial. Solicitando su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

c) EPS Famisanar S.A.S.

Manifestó que no está legitimada en la presente causa, para referirse a los hechos descritos por el accionante, ni mucho menos para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas. Famisanar EPS, es una persona jurídica totalmente diferente e independiente con autonomía administrativa, financiera, con composiciones societarias diferentes y con responsabilidades distintas frente al Sistema General de Seguridad Social de la aquí accionada Golden Bridge Corp S.A.S. A su vez, no tiene, ni nunca ha tenido vínculo contractual alguno que se relacione con alguna actividad de carácter personal laboral o de servicios con el accionante. Solicitando que se declare la desvinculación de esta entidad dentro de la presente acción de tutela.

Informó que el señor Luis Antonio Páez Delgado, presenta estado de afiliación activo por Protección Laboral, el cual finaliza el 24 de julio de 2020, teniendo en cuenta que presentó vínculo laboral con el empleador Golden Bridge Corp SAS, quien reportó novedad de retiro mediante planilla de pago 9406856074 para el periodo de junio de 2020, registrando fecha de retiro 24 de mayo de 2020. Dicho empleador realizó los aportes en fechas oportunas y al validar el estado de cuenta del afiliado no se evidencia periodos en mora.

Precisó que, la protección laboral, solamente cubre por un periodo determinado de atención en salud en favor del ex cotizante, en apego al artículo 2.1.8.1. Decreto 780 de 2016. Solicita, por último, se le desvincule de la acción por falta de legitimación en la causa por pasiva.

d) Ministerio de Trabajo

Señaló que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta Entidad no es ni fue el empleador de la accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre la demandante y esta Entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

A su vez, precisó lo referente a la estabilidad laboral reforzada, COVID 19 y las Medidas tomadas por parte del Ministerio del Trabajo, las funciones administrativas del Ministerio

y la existencia de un medio judicial ordinario. Solicitando finalmente se declare la improcedencia de la acción.

6.- Decisión impugnada:

Se resolvió la primera instancia de la siguiente manera:

a) Consideraciones:

Manifestó el Juez de primera instancia que, de los hechos facticos expuestos por el señor Páez Delgado, se encuentra probado que se encontraba vinculado laboralmente con empresa Golden Bridge Corp. S.A.S., mediante contrato a término fijo, desde el 25 de septiembre de 2017, inicialmente en el cargo de portero, finalmente con otro al contrato inicial de trabajo al cargo de ejecutivo de verificación en la ciudad de Bogotá, y la terminación de contrato de trabajo aconteció el 24 de mayo de 2020, como se demuestra con la documentación allegada por las partes.

En el caso de autos, aunque la entidad accionada invocó como razón para la terminación del contrato el vencimiento del término, ese argumento no sólo resulta alejado de la realidad sino también insuficiente, pues el contrato del accionante se prorrogo en los mismos termino durante 2 años aproximadamente, así las cosas el simple deseo de no prorrogarlo no justifica la terminación unilateral del contrato laboral cuando se trata del desempeño de labores de carácter permanente de la entidad, tales como las que fueron contratadas para ser prestadas en forma personal por el accionante, esto es como portero y ejecutivo de verificación de la empresa accionada.

Advirtió el Despacho que este no es el escenario para dilucidar el fondo del problema jurídico planteado, más sin embargo al observar que el mínimo vital del tutelante puede verse comprometido al esperar se defina al interior de un proceso ordinario laboral, en observancia del principio de solidaridad, y que debido al estado de emergencia de salud pública en la que se cuenta el país y al encontrarse sin servicio de salud puede causarle un perjuicio irremediable, por obvias razones hasta que el país no esté en completa normalidad no le es fácil conseguir un nuevo empleo, en consecuencia se hace necesario

intervenir para salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante por lo cual concede el amparo deprecado.

De igual manera, señaló que como quiera que el accionante manifestó que se encuentra incurso un procedimiento médico, este despacho habrá de pronunciarse al respecto, a fin de que se garantice el derecho a la salud, en tanto que la actora presenta unas ordenes autorizadas por el médico tratante pendientes, que datan con fecha anterior al despido, se amparara el derecho a la salud, ordenado a la Famisanar EPS, autorice y garantice de manera efectiva los servicios ordenados por el médico tratante al accionante Luis Antonio Páez Delgado, para el manejo de su patología lesión de rodilla derecha – lesión grado I de ligamento colateral medial, hasta tanto se encuentre afiliado nuevamente al sistema de seguridad social.

b) Orden:

Amparar transitoriamente los derechos fundamentales del accionante. Ordenando al Representante Legal de Golden Bridge Corp. S.A.S., reintegrar al señor Luis Antonio Páez Delgado al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía, así mismo se ordena al accionado que deberá cancelar los aportes a la Sistema General de Seguridad Social, junto con los respectivos intereses desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro, sin solución de continuidad.

Ordenar al Representante legal de Famisanar EPS, autorice y garantice de manera efectiva los servicios ordenados por el médico tratante al accionante para el manejo de su patología lesión de rodilla derecha – lesión grado I de ligamento colateral medial, hasta tanto se encuentre afiliado nuevamente al sistema de seguridad social.

Advertir al accionante que en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación del fallo debe instaurar acción ordinaria de conformidad con el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo. De igual manera, negó el pago de salario y/o prestaciones económicas dejadas de percibir, las que se deberán reclamar ante la jurisdicción ordinaria.

7.- Impugnación: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La EPS FAMISANAR SAS, presenta impugnación alegando:

El A quo resolvió amparar los Derechos Fundamentales invocados ordenando a esa entidad el suministro indeterminado, ambiguo, sin certeza alguna a futuro de servicios bajo el concepto de tratamiento integral, a un usuario retirado, es decir no afiliado, en contravía de toda la normatividad vigente y careciendo de lógica jurídica alguna, por cuanto Famisanar EPS no ha vulnerado Derecho Fundamental alguno del usuario.

Adicionalmente omitió ordenar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) reintegrar a la EPS Famisanar S.A.S. los recursos destinados al suministro de servicios excluidos de la financiación con recursos públicos del SGSSS a través de la UPC Resolución 3512 de 2019 y del Presupuesto Máximo Resolución 205 de 2020 dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la prestación del servicio ordenado por el Despacho Judicial, por cuanto debido a la indeterminación de servicios pueden ser erróneamente requeridos dentro del tratamiento integral a futuro y en vista de que el procedimiento administrativo de recobro ya no se encuentra en el ordenamiento jurídico.

Señala que el fallo de tutela genera una ambigüedad, una indeterminación que lleva a imponer a la EPS una obligación al interior del SGSSS desproporcional, para la entidad y para la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud con respecto a la normatividad que rige sus obligaciones, teniendo en cuenta que Famisanar EPS no ha negado servicio en salud alguno a la afiliada, los cuales han sido debidamente autorizados por esta entidad, de acuerdo con las coberturas establecidas en las Resoluciones 3512 de 2019 y 205 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Como se informó al A quo el accionante fue retirado por su empleador y por los periodos de cotización a la fecha realizados en vigencia de su relación contractual, le asistía el beneficio de protección laboral, es decir, una prestación limitada en el tiempo. la normatividad señala que el Plan de Beneficios deberá ser garantizado por parte de las E.P.S. tanto del Régimen Subsidiado como en el Régimen Contributivo para todos los afiliados del sistema de Seguridad Social en Salud que de acuerdo con la afiliación que se realizan ante las entidades de aseguramiento en ejercicio del principio de la libre escogencia.

Por lo anterior reitera que Famisanar EPS, no puede suministrar los servicios médicos a los usuarios que no se encuentren afiliados en sus bases de datos, ya que la unidad de pago por capitación se recibe por cada afiliado adscrito a Famisanar EPS. Por lo que, para el presente caso la EPS que recibe dicha unidad de pago por capitación y la única obligada a prestar todos los servicios requeridos por el accionante es la EPS a la cual realmente se encuentre afiliado el usuario.

Solicita se revoque la decisión de suministrar servicios a una persona retirada de la EPS por el empleador y de suministrar cuando su protección laboral termine, por cuanto y como se explicó, ninguna EPS puede prestar servicios a una persona que no esté afiliada dentro de su base de datos de población afiliada. Denegando a su vez la acción de tutela contra Famisanar EPS. Se modifique la decisión indeterminada del A quo y en su lugar se determine expresamente en la parte resolutiva de la sentencia las prestaciones en salud cobijadas por el fallo, así como la patología respecto de la cual se otorga el amparo, para evitar la posibilidad de que en el futuro se terminen destinando los recursos públicos del sistema para el cubrimiento de servicios que no lleven implícita la preservación del derecho a la vida, que precisamente es el objetivo del amparo, revocando así, la orden de tratamiento integral.

8.- Problema jurídico:

¿Son procedentes los argumentos esgrimidos en la impugnación elevada por la EPS Famisanar, respecto a que no es viable la orden de prestar el tratamiento médico al accionante, al haberse presentado novedad de desafiliación por su empleador?

9.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Fundamentos de derecho: La Corte Constitucional, manifestó en la Sentencia T – 856 de 2012, sobre los regímenes de afiliación:

> *".. **El Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado y la forma de elegir a sus beneficiarios.***
>
> *En virtud del principio de universalidad[20] que rige la prestación del servicio público de seguridad social en salud, el literal b del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 dispuso que "todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes*

territoriales". En el mismo sentido, el artículo 157 ibídem señaló que esta afiliación podrá darse a través del régimen contributivo o subsidiado, o en forma temporal como participantes vinculados.

Por su parte, el artículo 202 de la misma Ley definió el régimen contributivo como "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". En atención a lo anterior, en sentencia T-054 de 2008 la Corte señaló:

"Al régimen contributivo pertenecen quienes tienen una relación laboral regida por un contrato de trabajo, los pensionados, los servidores públicos y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Este régimen se financia con los aportes que realizan sus afiliados conforme al salario o pensión devengada. Igualmente la norma previó que las entidades promotoras de salud prestarían los servicios médicos requeridos por los beneficiarios de este régimen según lo estipulado en el Plan Obligatorio de Salud."

Para el caso del régimen subsidiado, el artículo 211 de la Ley 100 establece que este es "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". Al ser financiado mediante subsidios, este se encuentra destinado a garantizar "la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar"[21].

Ahora bien, para identificar a las personas que pertenecen al régimen subsidiado, el ordenamiento jurídico utiliza el "Sistema de Identificación de Beneficiarios de Subsidios" -SISBEN-, el cual corresponde a "una herramienta de planeación administrativa cuya finalidad es seleccionar los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana"[22]. Este proceso de identificación se realiza a través de instrumentos estadísticos y técnicos que permiten identificar a las personas que por su condición económica requieren del auxilio del Estado, los cuales han sido llamados de "focalización" toda vez que le permiten al Estado "focalizar" (valga la redundancia) los recursos destinados al gasto social[23]. Visto así, el SISBEN "contribuye a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos, y se erige como una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas para hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados y materializar así las políticas de redistribución del ingreso.[24]"[25] Al hacer alusión a las características de este régimen, en la sentencia T-054 de 2008 antes citada la Corte señaló:

"Por su parte, el régimen subsidiado está diseñado para la población más pobre y vulnerable en las áreas rurales y urbanas destacándose dentro de este grupo a los indígenas, las mujeres embarazadas, las personas de la tercera edad, los discapacitados e inválidos, entre otros. La identificación de este grupo poblacional se realiza a través del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) para evitar la desviación de recursos y una vez se ha llevado a cabo la selección, las personas se vinculan al régimen mediante el pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos de las entidades territoriales, del Fondo de Solidaridad y Garantía y del Sistema de Participaciones."

En cuanto al papel que deben cumplir las entidades públicas en el proceso de focalización, el artículo 94 de la Ley 715 de 2001[26], modificado por el artículo 24 la Ley 1122 de 2007, dispone que es competencia del Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación -DNP-, definir las condiciones de ingreso, suspensión y exclusión de las personas a las bases de datos del SISBEN, mediante el diseño

y elaboración de una encuesta que tiene en cuenta las condiciones socio económicas de la población, como la capacidad económica medida en función del ingreso, el nivel educativo, el tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de la vivienda[27].

De otro lado, el artículo 44 de la Ley 715 de 2001 radica en cabeza de los municipios la tarea de aplicar la encuesta diseñada por el DNP y de velar porque quienes se vayan a beneficiar de los programas sociales en salud efectivamente pertenezcan a la población mas pobre. Al respecto dice la norma:

"Artículo 44. Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios 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 las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (…)

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud: (…)

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia. (…)

44.2.4. Promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes."

En desarrollo de este mandato, el artículo 4 del 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 y se dictan otras disposiciones", establece que "la identificación de los beneficiarios del Régimen Subsidiado, por regla general, se hará en todos los municipios del país mediante la aplicación de la encuesta SISBEN o el instrumento que haga sus veces." Como resultado de la aplicación de la encuesta, el mecanismo de focalización divide a la población pobre en beneficiarios de nivel I, II, y III, siendo los primeros quienes se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad.

Por disposición del literal a del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 "se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción."[28] *La población clasificada en el nivel III también podrá ser beneficiaria, una vez se haya logrado una cobertura del 90% en los niveles I y II, en los términos establecidos por el literal b*[29] *del mismo artículo.*

Ahora bien, en el entendido de que la aplicación de la encuesta SISBEN se presenta en cada municipio, cabe preguntarse qué ocurre cuando un individuo cambia de municipio de residencia. Sobre este aspecto, los artículos 39[30] *y 40*[31] *del 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 y se dictan otras disipaciones", indican el procedimiento aplicable en esos casos. Al respecto la sentencia T-627 de 2011 puntualizó:*

"4.2. Ahora bien, de conformidad el Acuerdo 415 de 2009 "por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disipaciones" del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuando un usuario afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud se traslada de municipio de residencia, el municipio que lo

acoge tiene la obligación de garantizarle la prestación de los servicios de salud que requiera.

Dicha obligación se encuentra consagrada en el artículo 40 del Acuerdo citado, el cual señala que en el momento en que un usuario del Régimen Subsidiado en Salud fija su domicilio en un municipio diferente al que se afilió inicialmente, y sin embargo, mantiene la vigencia contractual de su inscripción en el SISBEN, tiene dos posibilidades para que en el nuevo municipio se le presten los servicios de salud que requiera:

'a) Si el traslado se da entre los municipios o distritos de las regiones donde la EPS-S que lo asegura está autorizada, la EPS-S es responsable de su atención por el tiempo restante de la vigencia contractual. Para tal efecto, la EPS-S deberá contar con procedimientos de contingencia que garanticen la atención de la población.

b) Si el traslado se da a un municipio donde la EPS-S no se encuentra autorizada en la región, el afiliado deberá presentarse ante la nueva EPS-S de su elección y solicitar su afiliación por traslado de municipio de domicilio (…) En los casos donde el municipio no cuente con cobertura superior la EPS-S deberá dar aviso a la Entidad Territorial para que genere la correspondiente adición al contrato o remplazo de cupo de que trata el artículo 87 del presente Acuerdo según sea el caso.'
Y continúa con la siguiente precisión:

'En todo caso la EPS-S deberá contar con alianzas o convenios con otras EPS-S de las regiones donde no se encuentra autorizada, que le permitan garantizar la atención de la población en tanto se formaliza el traslado del afiliado. El incumplimiento a la suscripción de este tipo de alianzas o convenios, que no ofrezcan garantías para la continuidad de la atención, estará sujeta a las instrucciones y sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.'

Pero además, el artículo 39 del Acuerdo 415 de 2009, fija el deber del usuario de reportar a su EPS-S el cambio de municipio, y si esta obligación no se satisface, se entiende como mecanismo válido de identificación del traslado, que, cuando el usuario se acerque a la red prestadora de servicios de primer nivel del municipio receptor, se le podrá recordar su deber de notificar a la EPS-S el cambio de residencia permanente."

Finalmente, el artículo 42.7 de la Ley 715 de 2001 impuso en cabeza de la Nación la tarea de "reglamentar, distribuir, vigilar y controlar el manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia." Así, la norma le otorgó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, la competencia de vigilar y controlar que la manera en la cual se invierten los recursos destinados a gasto social en salud se dé conforme a los postulados jurídicos a los cuales se ha hecho mención en este capítulo, sin perjuicio de las facultades de los demás entes territoriales…"

De igual manera, precisó la Corte Constitucional en la sentencia T – 210 de 2018, sobre el cubrimiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

"… El cubrimiento universal en el SGSSS

10. A partir de estos instrumentos normativos con base en los cuales se determina el contenido del derecho a la salud, el órgano político de representación popular en Colombia dispuso mediante la Ley 100 de 1993 que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, y por lo tanto todas las personas tienen la posibilidad

de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; unos en su condición de afiliados al régimen contributivo, otros como afiliados al régimen subsidiado. Los primeros, 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. Los segundos, son las personas sin capacidad de pago para cotizar al sistema; se trata de la población más pobre y vulnerable del país a quienes se les subsidia su participación en el SGSSS.

Al lado de estos dos tipos de participantes del SGSSS, el Legislador también ha regulado la atención en salud de la población pobre no asegurada que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud.

En un primer momento, la ley denominó "participantes vinculados" a aquellas personas que "por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado" (Artículo 157 literal B de la Ley 100 de 1993).

No obstante, a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011 que estableció la universalización del aseguramiento, se estipuló que "todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud" para lo cual el Gobierno Nacional deberá desarrollar mecanismos que garanticen dicha afiliación.

Así mismo, regló el trámite a seguir en los casos en que una persona no asegurada requiera atención en salud. En estos casos, la norma dispuso que si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, ésta será atendida obligatoriamente, y será afiliada por la EPSS de forma preventiva al Régimen Subsidiado mediante un mecanismo simplificado. Dentro de los 8 días siguientes, la EPSS verificará si la persona es elegible para el subsidio en salud, y en caso de no serlo se procederá a cobrar los servicios prestados. Este proceso de verificación estará dado por el cumplimiento de los requisitos de afiliación al SGSSS.

Sobre esta disposición, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-611 de 2014 y estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, "generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud". En otras palabras, después de esta norma, los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que resida en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la sentencia T-614 de 2014 al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el SISBEN. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los "participantes vinculados" y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

Al lado de la anterior normativa, la Ley 715 de 2001 reguló las competencias de los departamentos en materia de la prestación del servicio de salud, y señaló concretamente que, sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrá la función de:

"43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera 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 y los servicios de salud mental".

Esta es precisamente otra de aquellas disposiciones que precisó que es en los departamentos en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar el acceso al servicio de salud de la 'población pobre no asegurada' que se encuentre en su territorio. Finalmente, en desarrollo de esta disposición, el Concepto 2-2012-013619 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud también ha señalado que "la población pobre no asegurada, mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado, tiene derecho a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, con recursos de subsidios a la oferta (...)".

b.- Caso concreto: Revisado el presente tramite, se evidencia que el escrito de impugnación del fallo de primera instancia fue presentado por la vinculada EPS FAMISANAR SAS., con ocasión de la orden que de manera particular se le impartió, de seguir prestando el servicio de salud al accionante hasta tanto se encuentre afiliado nuevamente al sistema de seguridad social.

En tal sentido, el presente Despacho no hará pronunciamiento adicional frente a las ordenes impartidas a la empresa Golden Bridge Corp. S.A.S., y al accionante, como quiera que sobre estas no hay alegación alguna, encontrándose además ajustada la decisión a la normativa y jurisprudencia respectiva.

Ahora bien, en referencia a la orden que fuera impartida en el numeral tercero del fallo impugnado, ha de señalarse que, conforme lo precisado por la Honorable Corte Constitucional, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 dispuso que "*todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales".* En el mismo sentido, el artículo 157 ibídem señaló que esta afiliación podrá darse a través del régimen contributivo o subsidiado, o en forma temporal como participantes vinculados[1].

El máximo órgano constitucional ha señalado que al régimen contributivo pertenecen quienes tienen una relación laboral, que se rige por un contrato de trabajo, los pensionados, los servidores públicos y los trabajadores independientes que poseen capacidad de pago.

[1] T – 856 de 2012.

Este régimen se financia con los aportes que realizan los afiliados conforme el salario o pensión que devengan[2].

Por su parte, el régimen subsidiado se encuentra previsto en el articulo 211 de la Ley 100 de 1993, que dispone que esta es *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*. Al ser financiado mediante subsidios, este se encuentra destinado a garantizar *"la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar*

Así las cosas, advierte el Despacho que la orden dada a la EPS se torna improcedente, en tanto la prestación del servicio de salud en el régimen contributivo, en el cual se encuentra afiliado el accionante, descansa sobre los pagos de la cotización que hace conjuntamente con el empleador, en razón al contrato laboral que los vincula. razón por la cual, si el empleador deja de hacer los pagos y desafilia al trabajador no puede ordenarse la continuación de la prestación del servicio sin afiliación alguna.

Evidénciese a su vez, que, si el accionante no pudiese continuar realizando los pagos de sus aportes al SGSSS, debe proceder hacer los tramites a efectos de trasladarse al régimen subsidiado y la EPS siga prestando el servicio de salud. Actuación frente a la cual la EPS debe prestar su total colaboración, para no ver afectada la continuidad del servicio.

Pero hasta tanto el empleador no proceda hacer los pagos y afiliaciones respectivas, o el accionante se afilie al régimen subsidiado, no es dable que la EPS continúe prestando el servicio sin afiliación, como lo fuere ordenado por el juez de tutela de primera instancia.

Corolario procederá este Despacho a modificar la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado 53 Civil Municipal de Bogotá D.C., y en su lugar revocar el numeral tercero del fallo impugnado.

[2] T – 054 de 2008.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, por los motivos señalados en la parte motiva de esta sentencia,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la decisión impugnada, proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Civil Municipal de Bogotá D.C., de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020), conforme la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** a la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Civil Municipal de Bogotá D.C., de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020).

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión impugnada.

CUARTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

PZT