

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00281-00

ACCIONANTE: YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA

ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S.

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los trece (13) días del mes de mayo del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** por medio de apoderada judicial, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales de petición, salud, trato digno y debido proceso, presuntamente vulnerados por **FAMISANAR E.P.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Se afirma en el escrito de tutela que el día 05 de marzo del 2021, la cotizante **DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA** solicitó a **FAMISANAR E.P.S.** la desvinculación de su grupo familiar de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**.

Que a la fecha, la accionada no ha dado la debida resolución a dicha petición.

Que el 11 de marzo de 2021 el Personero Municipal de Marmato-Caldas, envió una petición a **FAMISANAR E.P.S.** solicitando la desvinculación urgente de la accionante.

Que tal petición tampoco ha sido contestada por la accionada.

Que el 16 de febrero del 2021 la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** cumplió 25 años de edad y aún sigue sin poder definir su desvinculación y tener la libertad de vincularse al régimen subsidiado.

Que lo anterior ha generado que la accionante haya tenido que asumir en algunas ocasiones el costo del servicio de salud e incluso privarse de éste por falta de dinero.

Que la accionante tiene una hija menor edad **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA** quien presenta complicaciones de salud que deben ser tratadas por medicina especializada, servicio que no ha podido obtener dado que sigue sin poder desvincularse.

Que la accionante cuenta con una calificación del 37.02 en el Sisbén desde el 09 de diciembre de 2017, razón suficiente para que pueda vincularse al régimen subsidiado, pero dicho trámite no se ha podido realizar porque la accionada no la ha desvinculado.

Conforme a lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y se ordene a **FAMISANAR E.P.S.** (i) dar una respuesta satisfactoria a las peticiones realizadas por la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** los días 05 y 11 de marzo de 2021; y (ii) realizar la desvinculación de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** del grupo familiar en el que se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

FAMISANAR E.P.S.

La accionada allegó contestación el 05 de mayo de 2021, en la que informa que la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** se encuentra en estado CANCELADO en la base de datos.

Que la novedad de retiro ante la ADRES será reportada el 07 de mayo de 2021, de conformidad con las fechas establecidas en la Resolución 4622 de 2016.

Que frente al derecho de petición, éste ya fue resuelto de fondo, de manera clara y precisa, tanto a la Personería de Marmato como a la accionante, y fue notificado en debida forma.

Por lo anterior, solicita declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

TRÁMITE POSTERIOR

Mediante memorial del 05 de mayo de 2021 la apoderada judicial de la parte actora solicitó requerir a **FAMISANAR E.P.S.** para que brindara una respuesta clara, expresa y real de la fecha en que la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** aparecerá en ADRES con estado “cancelado” y podrá afiliarse en el régimen subsidiado en salud. Lo anterior, por

cuanto en comunicación recibida el 04 de mayo de 2021, se le indicó que la actualización del estado “activa” a “retirada” se enviaría a la ADRES el 23 de abril de 2021, fecha que no concuerda con la fecha actual.

Teniendo en cuenta dicha manifestación, el Juzgado mediante Auto del 07 de mayo de 2021 requirió a **FAMISANAR E.P.S.** para que informara con precisión y claridad la fecha en la cual sería reportada la novedad de retiro de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** ante la ADRES, adjuntando los respectivos soportes. Así mismo, para que notificara dicha información a la accionante, en respuesta a la petición por ella presentada.

En atención a dicho requerimiento, **FAMISANAR E.P.S.** allegó memorial el 11 de mayo de 2021, en el cual manifiesta que sí reportó la novedad de retiro de la actora en los procesos de novedades que se gestionan con la ADRES, empero esta entidad glosó la novedad bajo una causal que no fue la indicada. Con todo, refirió que enviaría nuevamente la novedad de retiro el 14 de mayo de 2021, de acuerdo al calendario establecido en la Resolución 4622 de 2016, para el reporte de traslados y novedades en la Base de Datos Única de Afiliados. Finalmente, señaló que la menor **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA** ya se encuentra retirada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿**FAMISANAR E.P.S.** vulneró el Derecho Fundamental de Petición de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**, al no haber dado respuesta de fondo a sus peticiones del 05 y 11 de marzo de 2021? y (ii) ¿La **E.P.S. FAMISANAR** vulneró los derechos fundamentales a la salud, trato digno y debido proceso de la señora **BENJUMEA MENDOZA** al no haber procedido a su desvinculación del grupo familiar en el que se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Según lo indicado por la jurisprudencia constitucional¹ y las disposiciones superiores (artículo 86 C.P.), un primer requisito de procedibilidad de la acción de tutela es la exigencia de que quien solicite el amparo, se encuentre “*legitimado en la causa*” para presentar la solicitud de protección de sus derechos fundamentales. La legitimación “por activa” exige que el derecho cuya protección se invoca, sea un derecho fundamental radicado en cabeza del demandante y no, en principio, de otra persona (T-697 de 2006).

La relevancia constitucional de la legitimación por activa, no puede considerarse una exigencia nimia sino por el contrario necesaria en la protección y garantía adecuada de los derechos fundamentales (T-899 de 2001), al indicarse que obedece al verdadero significado que la Constitución Política le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-799 de 2009, se refirió a la legitimación en la causa como un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.”

“... la “legitimación por activa” es... requisito de procedibilidad. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona... Adicionalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante, y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente”.

¹ Sentencia SU-073 de 2015.

Al respecto, el artículo 86 de la C.P., permite que la tutela pueda ser ejercida por el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados: *“(i) en forma directa, (ii) por medio de representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) a través de apoderado judicial o (iv) por intermedio de agente oficioso, siempre que el interesado esté imposibilitado para promover su defensa; o (v), por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”*

En relación con la agencia oficiosa, el artículo 86 de la C.P. señala que la acción de tutela puede ejercerla toda persona *“... por sí misma o por quien actúe a su nombre”* para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que *“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos **no esté en condiciones de promover su propia defensa.** Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”*.

En esos términos, la agencia oficiosa en materia de tutela es un instrumento procesal de origen constitucional, por el cual se busca la eficacia de principios como la efectividad de los derechos constitucionales (artículo 2º C.P.), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.), y la solidaridad social (artículos 1º y 95.2 C.P.), así como una faceta del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.).

Sin embargo, la Corte ha establecido que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa no implica que su ejercicio no pueda ser regulado, al punto que ha sostenido que ésta sólo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la Jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16 C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos (T-312 de 2009).

A partir de estos lineamientos, la Corte ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que los elementos normativos que informan la agencia oficiosa son los siguientes:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente

y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente". (T-799 de 2009).

Como puede verse, los dos primeros elementos (*manifestación* del agente oficioso, e *imposibilidad* del interesado para actuar) son constitutivos de la agencia oficiosa, en tanto que el tercero y el cuarto son accesorios. Así, sobre los dos primeros puede decirse que, individualmente considerados, son condiciones necesarias, pero no suficientes para la configuración de la agencia oficiosa, en tanto que su conjunción es suficiente para legitimar la actuación del agente. El tercer elemento es de carácter interpretativo, y el cuarto (*ratificación*), se refiere a la posibilidad excepcional de suplir el primero, si se presentan ciertos actos positivos e inequívocos del interesado durante el trámite de la acción.

Frente al primer requisito, la Corte ha sostenido que, por el carácter informal de la acción de tutela, la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita ya que basta con que se infiera del contenido de la tutela que se obra en calidad de agente para que se entienda surtido dicho requisito.

En relación con el segundo aspecto, la Corte ha precisado que la prueba de la incapacidad del titular del derecho debe existir y tener siquiera carácter sumario. La incapacidad a la que se hace referencia cuando se habla de agencia oficiosa, atenúa la concepción tradicional de la misma (referida a minoría de edad o alienación mental) y se extiende a la incapacidad física o mental del legítimo titular del derecho para iniciar por sí mismo la demanda; o bien, derivarse de especiales circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico o la situación de especial marginación o indefensión en que se encuentre el afectado para asumir la defensa de sus derechos. Por ello, es un deber del juez de tutela efectuar la evaluación de la *imposibilidad* a partir de los antecedentes del caso concreto.

DERECHO DE PETICIÓN

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En desarrollo del Texto Superior, fue expedida la Ley 1755 de 2015 "*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*", una norma de carácter estatutario, que establece la regulación integral de ese derecho fundamental.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho comprende: (i) la posibilidad efectiva

de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas².

Conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional³, el ejercicio del derecho de petición en Colombia está regido por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

“1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.

2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.

*3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser **oportuna**, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe **resolver de fondo** el asunto solicitado. Además de ello, debe ser **clara, precisa y congruente** con lo solicitado; y (iii) debe ser **puesta en conocimiento** del peticionario.*

4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.

6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiese darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.

² Sentencia T-251 de 2008. Citada en las Sentencias T-487 de 2017 y T-077 de 2018.

³ Sentencias T-296 de 1997, T-150 de 1998, SU-166 de 1999, T- 219 de 2001, T-249 de 2001, T-1009 de 2001, T-1160 A de 2001, T-1089 de 2001, SU-975 de 2003, T-455 de 2014.

7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.

8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.

9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado”.

Así entonces, la efectividad y el respeto por el derecho de petición, se encuentran subordinados a que la autoridad requerida, o el particular según se trate, emitan una respuesta de fondo, clara, congruente, oportuna y con una notificación eficaz.

Sobre la obligación y el carácter de la notificación, debe precisarse, que ésta debe ser efectiva, es decir, real y verdadera, y cumplir el propósito de que la respuesta sea conocida a plenitud por el solicitante. Esta característica esencial, implica además, que la responsabilidad de la notificación se encuentra en cabeza de la administración o el particular, esto es, que el ente al cual se dirige el derecho de petición está en la obligación de velar porque la forma en que se surta sea cierta y seria⁴, de tal manera que logre siempre una constancia de ello.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de petición supone un resultado que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución de la petición. Sin embargo, se debe aclarar, que el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa⁵.

En síntesis, la garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración o del particular una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que esté dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del

4 Sentencia T-545 de 1996.

5 Sentencia T-146 de 2012.

solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información.

Ahora bien, el artículo 5 del **Decreto 491 de 2020** amplió los términos para resolver los derechos de petición, pasando de 15 a 30 días hábiles, mientras dure el Estado de Emergencia. Dicho artículo dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción”.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de dicho artículo a través de la Sentencia C-242 de 2020, declarándolo exequible de forma condicionada, bajo el entendido de que la ampliación de términos para solucionar las peticiones no solo es aplicable a las autoridades públicas, sino que también se hace extensible a los particulares.

CONDICIONES PARA LA AFILIACIÓN Y DESVINCULACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

El Sistema de Seguridad Social en Salud opera a través de dos regímenes de aseguramiento: el contributivo y el subsidiado. De conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en el primero de ellos deben afiliarse las personas las personas sujetas a un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, advirtiéndose que también pertenecerán a este régimen los miembros del grupo familiar del cotizante que tengan la calidad de beneficiarios⁶. Mientras que, en el segundo, la condición de afiliados se otorga a la población más pobre y vulnerable del país de las áreas rural y urbana, que carece de la capacidad de pago necesaria para asumir el monto total de una cotización.

Como efecto de la vinculación al sistema, se otorga a los afiliados cotizantes la posibilidad de extender su cobertura en salud a familiares y personas cercanas. Así, en atención a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2353 de 2015, para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por:

⁶ Artículo 34, numeral 34.2.1 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.4.1 del Decreto 780 de 2016.

“21.1. El cónyuge.

21.2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo.

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

21.4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante.

21.5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 21.3. y 21.4 del presente artículo.

21.6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 21.3. y 21.4 del presente artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición.

21.7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de estos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de este.

21.8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de este.

21.9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente.”

Y el parágrafo 5º ibídem, refiere que la composición del núcleo familiar es aplicable en el régimen subsidiado y, para el efecto, el cabeza de familia se asimilará al cotizante.

Para vincular a un beneficiario en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con el artículo 23 del referido Decreto 2353 de 2015, es necesario que el afiliado cotizante o el cabeza de familia haga el respectivo registro en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscriba en la misma EPS a cada uno de los miembros que conforman el núcleo familiar, para lo cual se deberá allegar el soporte documental que acredite su calidad de beneficiarios, en los casos que sea necesario.

Ahora, en virtud del artículo 36 ibídem, cuando los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes de un mismo núcleo familiar, tengan la calidad de cotizantes, estos y sus beneficiarios deberán estar inscritos en la misma EPS, salvo que uno de los cotizantes no resida en la misma entidad territorial y la EPS en la que se encuentre afiliado el otro cotizante y los beneficiarios no tengan cobertura en la misma y no hagan uso del derecho a la portabilidad. En todo caso, si uno de los cónyuges, compañera o compañero permanente cotizantes pierda tal calidad, tanto este como los beneficiarios quedarán inscritos en cabeza del cónyuge que continúe cotizando.

De otro lado, según lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2353 de 2015, es responsabilidad de los trabajadores dependientes e independientes reportar directamente ante la EPS todas las novedades que se presenten en relación con sus beneficiarios y afiliados adicionales; novedades tales como: traslado, movilidad, inclusión o exclusión de beneficiarios, actualización de datos y las demás que defina el Ministerio de Salud y Protección Social (artículo 44 ibidem).

Así mismo, en relación con el régimen subsidiado en salud, el afiliado cabeza de familia es responsable de registrar en el Sistema de Afiliación Transaccional las novedades referidas a la identificación y actualización de sus datos y las de su núcleo familiar, así como las de traslado y de movilidad (artículo 48 ibidem); sin embargo, en tanto entra en operación el SAT, corresponde a los afiliados radicar y tramitar las solicitudes de traslado y de movilidad directamente ante la EPS y éstos deberán reportar las novedades de ingreso, retiro, movilidad y traslado en el régimen subsidiado de sus afiliados y de informar al afiliado en el momento de presentarse la novedad.

Conforme a lo anterior, es claro que la individualización del grupo familiar del afiliado se sujeta a la inscripción que este último realiza, quien también tiene el deber de excluir a aquellas personas respecto de las cuales desaparecen los supuestos que permitían su inclusión dentro de la denominada cobertura familiar, como ocurre, por ejemplo, cuando el beneficiario supera el rango de edad y no presenta una condición de discapacidad permanente, o cuando existe un nuevo vínculo conyugal o de hecho que otorga la protección a favor de un nuevo cónyuge o compañero o compañera permanente.

En este punto es importante destacar que la Corte Constitucional en la Sentencia T-162 de 2016 señaló que, en efecto, la definición inicial acerca de quién tiene la condición de beneficiario depende del afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, siempre que se cumplan con las condiciones previstas en la ley; de manera que, una vez ello ocurra, la persona adquiere una vocación de permanencia con el sistema y su desafiliación por parte de una EPS sólo puede operar de forma excepcional, esto es, según las causales taxativas consagradas en el ordenamiento jurídico.

Para tales efectos, se tiene entonces que el artículo 32 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.3.17 del Decreto 780 de 2016, prevé los eventos específicos en que termina la inscripción del afiliado cotizante y su núcleo familiar a una EPS, así:

“32.1. Cuando el afiliado se traslada a otra EPS.

32.2. Cuando el empleador reporta la novedad de retiro laboral del trabajador dependiente y el afiliado no reporta la novedad de cotizante como independiente, como

afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en el presente decreto.

32.3. Cuando el trabajador independiente no reúne las condiciones para ser cotizante, no reporte la novedad como afiliado adicional o como beneficiario dentro de la misma EPS y no opere o se hubiere agotado el período de protección laboral o el mecanismo de protección al cesante, ni la movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en el presente decreto.

32.4. Cuando, en el caso de los beneficiarios, desaparezcan las condiciones establecidas en el presente decreto para ostentar dicha condición y no reporten la novedad de cotizante dependiente, cotizante independiente, afiliado adicional o de movilidad entre regímenes conforme a las normas previstas en el presente decreto.

32.5. Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país y reporte la novedad correspondiente a la EPS o a través del Sistema de Afiliación Transaccional.

32.6. Cuando el afiliado cumpla con las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado o especial legalmente establecido.

32.7. Cuando por disposición de las autoridades competentes se determine que personas inscritas en una EPS del régimen subsidiado reúnen las condiciones para tener la calidad de cotizantes o para pertenecer al régimen contributivo.

32.8. Cuando la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad y los menores de tres (3) años, que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión, esté a cargo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. En el caso de las personas privadas de la libertad que se encuentren obligadas a cotizar, la terminación de la inscripción solo aplicará para el cotizante y el menor de tres (3) años que conviva con la madre cotizante.”

En tal sentido, sostuvo la Corte que, por fuera de las causales taxativas previstas en el ordenamiento jurídico, no cabe la posibilidad de que una EPS pueda desafiliar a un usuario de sus servicios, por lo que cualquier modificación, cambio o alteración que se pretenda o quiera realizar sobre las personas que tienen la condición beneficiarios y, en general, sobre la composición del núcleo familiar, dependerá de forma exclusiva del afiliado al sistema, tal como se estableció líneas atrás.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

En reiterada jurisprudencia⁷, la Corte Constitucional ha precisado, que la acción de tutela, en principio, “pierde su razón de ser cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados es superada o finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo”. En estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado pues ante la ausencia de

⁷ Sentencia T-011 de 2016.

supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión se convertiría en ineficaz.

En efecto, si lo que el amparo constitucional busca es ordenar a una autoridad pública o un particular que actúe o deje de hacerlo, y *“previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”*. En otras palabras, ya no existirían circunstancias reales que materialicen la decisión del juez de tutela.

En ese orden, la Corte ha desarrollado la teoría de la **carencia actual de objeto** como una alternativa para que los pronunciamientos de tutela no se tornen inocuos, aclarando que tal fenómeno se produce cuando ocurren dos situaciones específicas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado. La primera hipótesis se presenta cuando, por la acción u omisión del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez.

CASO CONCRETO

Partiendo de las consideraciones expuestas, lo primero que debe indicarse es que, en la acción de tutela se pide ordenar a **FAMISANAR E.P.S.** dar respuesta a las peticiones efectuadas por la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** los días 05 y 11 de marzo de 2021.

Sin embargo, revisadas las documentales aportadas por la parte actora, se observa que la petición del 05 de marzo de 2021 fue elevada por la señora DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA, de manera que era ésta y no la accionante quien podía invocar el derecho fundamental de petición, dado que es aquella quien cuenta con el legítimo interés para reclamar su protección.

En ese orden, siguiendo los parámetros jurisprudenciales expuestos en el marco normativo de esta sentencia, en el *sub examine* no se evidencia que la actora hubiese invocado o aportado prueba de alguna situación especial que imposibilitara a la señora DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA para promover su propia defensa y solicitar el amparo directamente, circunstancia que habilitaría a la accionante para actuar en su nombre, por ejemplo, en calidad de agente oficiosa.

Conforme a lo anterior, es clara la falta de legitimación por activa de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**, en la medida que no es la titular del derecho

fundamental de petición elevado el 05 de marzo de 2021; de manera que, al no haberse superado este requisito de procedibilidad, se negará la acción de tutela por improcedente.

Ahora, en relación con el derecho de petición del 11 de marzo de 2021, debe decirse que, revisadas las documentales aportadas con el escrito de tutela, se observa que corresponde al traslado que el Personero Municipal de Marmato - Caldas hizo a **FAMISANAR E.P.S.** de una petición que la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** había radicado ante esa autoridad municipal ese mismo día.

Así las cosas, en la referida petición la accionante expuso y solicitó lo siguiente:

“Yo YETZAY FERNANDA BENJUMEA (...) me dirijo a usted con mucho respeto para solicitarle el retiro de la EPS donde mi hija y yo estamos afiliadas, ya que tengo un año y medio aproximadamente y no me he podido retirar, tengo muchos inconvenientes con la EPS Famisanar ya que empezando la afiliación me tenía mi padre LUIS FERNANDO BENJUMEA SERNA, por motivos laborales se quedó sin empleo y la EPS tomó atribuciones y colocó a mi hija y a mí en el seguro afiliada con la señora DORYS AMANDA ULLOA siendo la conyugue (sic) de mi papá (...) he querido solicitar el retiro por medio como llamadas, correos y cartas enviadas directamente a la sede de FAMISANAR, ya que por lo tanto en muchas oportunidades me ha tocado particular, la EPS lo único que podría hacer es asignarme una IPS en Manizales y me queda a dos horas, para Manizales los pasajes salen costosos y no tengo los recursos para trasladarme cada vez que mi hija y yo tengamos cita o lo que nos vayan a realizar en la IPS donde nos colocaron (...)

La EPS FAMISANAR lo que informa es que yo tengo que estar afiliada a otra EPS para que FEMISANAR (sic) pueda soltarme, pero cómo el SISBEN me va a afiliarse si automáticamente salgo activa en FAMISANAR (...)

La cotizante DORYS AMANDA se dirige a las sedes de FAMISANAR a solicitar el formulario de retiro y no colabora, nos niegan el derecho de retiro (...)”

La petición fue remitida el 11 de marzo de 2021 desde el buzón electrónico de la Personería Municipal de Marmato - Caldas: personeriamarmato@gmail.com a **FAMISANAR E.P.S.** a través de los correos electrónicos: correoamable@famisanar.com.co, autorizacionesambulatorias@famisanar.com.co y servicioalcliente@famisanar.com.co, recibiendo como número de radicado Q-1121611 el 23 de marzo de 2021.

FAMISANAR E.P.S., al contestar la acción de tutela, afirmó que la petición fue resuelta de fondo, de manera clara y precisa, tanto a la Personería Municipal de Marmato - Caldas, como a la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**, y adjuntó copia de dichas comunicaciones, en las cuales informó lo siguiente:

“Una vez analizados los argumentos expuestos en su oficio y verificada la información que reposa en nuestra Base de Datos, la Dirección de Operaciones Comerciales se permite informar que se procede a realizar la exclusión de la señora YETSAY

FERNANDA BENJUMEA MENDOZA con CC 1007028675 y la menor VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA con TI 1012466600 de acuerdo con solicitud del ente territorial.

Así mismo, las usuarias en mención registran en estado cancelado en la EPS por lo cual no pueden acceder a los servicios de salud.

Por último, la actualización del estado de activas a retiradas ante ADRES se enviará el próximo 23 de abril 2021 de acuerdo con los procesos dispuestos y calendario establecido en la Resolución 4622 de 2016 para el reporte de traslados y novedades en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA.”

Con base en lo anterior, procede el Despacho a analizar si la respuesta cumple los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para considerar satisfecho el derecho de petición.

En primer lugar, respecto de la respuesta **oportuna**, se tiene que, que la petición se radicó ante la entidad accionada el 11 de marzo de 2021, quien procedió a asignarle número de radicado el 23 de marzo de 2021 y emitió la respuesta, en primer lugar, a la Personería Municipal de Marmato - Caldas el 21 de abril de 2021¹⁸; reiterándola a la accionante el 04 de mayo de 2021⁹; es decir, que la respuesta se generó dentro del término de 30 días previsto en el artículo 5 del Decreto 491 de 2020.

En segundo lugar, respecto de la **notificación** de la respuesta, se observa que se envió a la Personería Municipal de Marmato - Caldas el 21 de abril de 2021 al email: personeriamarmato@gmail.com señalado por dicha autoridad en el traslado de la petición.

Igualmente, se observa que la reiteración de la respuesta, dirigida directamente a la accionante, se envió el 04 de mayo de 2021 al email: fernandaderodriguez047@gmail.com que, aun cuando no es el buzón de notificaciones registrado en la petición inicialmente dirigida a la Personería Municipal ni en el escrito de tutela, sí pertenece a la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**, toda vez que, en el memorial radicado por su apoderada judicial el 05 de mayo de 2021, se indica haber recibido dicha comunicación, anexando el respetivo pantallazo, con lo que se corrobora que la respuesta de la accionada es conocida por la parte actora.

Ahora, en cuanto al requisito relativo a resolver de **fondo** y de manera **congruente** y **completa** lo solicitado, la respuesta brindada por **FAMISANAR E.P.S.**, si bien atiende la solicitud de desvinculación elevada por la accionante, lo cierto es que no ofrece claridad y certeza frente a la fecha en la que se hará el reporte de la novedad de retiro ante la ADRES,

8 Página 11 del archivo pdf "007.ContestaciónFamisanar"
9 Página 10 ibidem

toda vez que allí se señaló que se efectuaría el “*próximo 23 de abril de 2021*” no obstante estar la respuesta fechada del 04 de mayo de 2021.

Por lo anterior, y previa solicitud de aclaración elevada por la apoderada judicial de la accionante en memorial del 05 de mayo de 2021, el Juzgado requirió a la accionada para que informara con precisión y claridad la fecha en la cual sería reportada la novedad de retiro de la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** ante la ADRES, adjuntando los respectivos soportes. Así mismo, para que notificara dicha información a la accionante, en respuesta a la petición de desvinculación.

Atendiendo dicho requerimiento, la **E.P.S. FAMISANAR** mediante memorial del 11 de mayo de 2021, manifestó que sí había procedido a reportar la novedad de retiro de la actora en los procesos de novedades que se gestionan con la ADRES; sin embargo, informó que volvería a enviar nuevamente la novedad de retiro el 14 de mayo de 2021, de acuerdo al calendario establecido en la Resolución 4622 de 2016, para el reporte de traslados y novedades en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA). Con todo, sostuvo que, la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** en su calidad de: BENEFICIARIO presenta estado de afiliación: RETIRADO; estado que también presenta la menor **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA**.

Revisado el memorial allegado por la accionada, se observa que el mismo fue dirigido al correo institucional del Juzgado así como al email: fernandaderodriguez047@gmail.com, el cual, como se dijo líneas arriba, pertenece a la accionante, y por ende se puede inferir que la aclaración también es de su conocimiento.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la respuesta brindada por la **E.P.S. FAMISANAR** el 04 de mayo de 2021, y en el memorial de aclaración del 11 de mayo de 2021, fue clara, precisa, oportuna y congruente, en tanto atendió a cabalidad la solicitud de desvinculación de la actora, y además fue emitida y notificada dentro del término de 30 días previsto en el artículo 5 del Decreto 491 de 2020.

En consecuencia, encuentra el Despacho, que lo que era objeto de vulneración del derecho fundamental de petición, ya fue superado, y, por lo tanto, pierde efecto la presente acción por lo que deberá declararse el **hecho superado**.

Establecido lo anterior, procede el Despacho al estudio del segundo problema jurídico, relacionado con la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, trato digno y debido proceso, ante la negativa de la EPS accionada de proceder con la desvinculación del grupo familiar en el que se encuentra afiliada la accionante en calidad de beneficiaria.

Al respecto, debe indicarse que, según los hechos de la acción de tutela, la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** invoca el amparo constitucional en aras de que **FAMISANAR E.P.S.** la desvincule en su calidad de beneficiaria de la cotizante DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA, pues es su deseo poder afiliarse al régimen subsidiado, debido a su condición económica y al puntaje de calificación en el Sisbén.

De conformidad con los lineamientos esbozados en el marco normativo de esta providencia, debe decirse que, legal y jurisprudencialmente se ha establecido que la inscripción inicial de las personas que componen el núcleo familiar del afiliado cotizante depende de este último, quien tiene el deber de reportar e inscribir directamente en su misma E.P.S. a cada uno de sus beneficiarios, para lo cual deberá allegar el soporte documental que acredite que los mismos ostentan dicha calidad.

Así mismo, según se expuso, el artículo 36 del Decreto 2353 de 2015 establece que en el evento de que en un núcleo familiar ambos cónyuges o compañero/as permanentes tengan la calidad de cotizantes, por regla general, estos y sus beneficiarios deben estar inscritos en la misma E.P.S.; no obstante, cuando uno de ellos pierda dicha calidad, éste y sus beneficiarios quedarán inscritos en cabeza del otro cónyuge que continúe cotizando.

Y, así como la individualización del grupo familiar del afiliado está sujeta a la inscripción que éste haga del mismo, también es su responsabilidad excluir a aquellas personas respecto de las cuales desaparecen las condiciones que les permitían pertenecer a la cobertura familiar. En tal sentido, es deber de los afiliados reportar todas las novedades que se presenten en relación con sus beneficiarios, tales como traslado, movilidad, inclusión o exclusión, actualización de datos y las demás que defina el Ministerio de Salud y Protección Social (artículos 44 y 46 del Decreto 2353 de 2015).

Así las cosas, de las pruebas aportadas por la accionante, se evidencia que mediante petición del 05 de marzo de 2021, la afiliada cotizante DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA solicitó a **FAMISANAR E.P.S.** la desvinculación como beneficiarias de **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** y **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA**; es decir, en el *sub examine*, fue la propia cotizante quien solicitó la exclusión de tales beneficiarias, cumpliendo lo establecido por la norma y por la Corte Constitucional en la Sentencia T-162 de 2016, en el sentido de que cualquier modificación, cambio o alteración que se pretenda o quiera realizar sobre las personas que tienen la condición de beneficiarios y, en general, sobre la composición del núcleo familiar, dependerá de forma exclusiva del cotizante.

Frente a ello, **FAMISANAR E.P.S.** informó que, en virtud de las solicitudes elevadas, tanto **YETSAY FERNANDA** como **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA** presentan estado

de afiliación “*retirado*” en la base de datos. Para probar dicha afirmación, la accionada aportó un Certificado expedido por el Analista Operaciones Comercial de la EPS de fecha 04 de mayo de 2021, en el que se constata que, en efecto, la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** en su condición de beneficiaria se encuentra retirada¹⁰.

Igualmente, efectuada la consulta en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, se evidencia que la menor **VALESKA YETSARY BENJUMEA MENDOZA** también registra como “*retirada*” en su condición de beneficiaria del régimen contributivo¹¹.

Ahora bien, la accionada refirió que la novedad de retiro sería reportada a la ADRES el 07 de mayo de 2021 de acuerdo a las fechas establecidas en la Resolución 4622 de 2016; sin embargo, en memorial del 11 de mayo de 2021 señaló que, aun cuando ya había efectuado dicho reporte en relación con la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA**, volvería a remitirlo el 14 de mayo de 2021 según el calendario establecido en la norma.

De conformidad con el literal e) del numeral 2.1 del artículo 2º de la Resolución 4622 de 2016, las novedades de actualización y/o corrección de información del Régimen Contributivo en la Base de Datos Única de Afiliados BDUA deben reportarse por parte de las EPS o EOC el último día hábil de la semana, por lo que la fecha señalada por la accionada para efectuar de nuevo el reporte se encuentra ajustada a la normatividad vigente.

Con todo, debe resaltar el Despacho, que, verificado el Registro Único de Afiliados del Sistema Integral de Información de la Protección Social (RUAF – SISPRO)¹², se puede verificar el retiro de la accionante en su calidad de beneficiaria de la cotizante DORIS AMANDA ULLOA MOSQUERA, como quiera que, dicha consulta, con corte al 07 de mayo de 2021, arroja que, si bien la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** registra estado activo de afiliación con **FAMISANAR E.P.S.**, lo cierto es que dicha vinculación es en el **Régimen Subsidiado** y en calidad de **cabeza de familia** desde el **21 de abril de 2021**; información que se constata con la consulta del estado de afiliación de la accionante en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud de la ADRES¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que, la accionante, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra afiliada como cabeza de familia en el régimen subsidiado, siendo éste el querer expresado tanto en la acción de tutela como en el derecho

10 Página 12 del archivo pdf “007.ContestaciónFamisanar”

11 Archivo pdf “014. BduaValeskaBenjumeaMendoza”

12 Archivo pdf “012.RuafAccionante”

13 Archivo pdf “013.BduaAccionante”

de petición del 11 de marzo de 2021, y la finalidad perseguida al solicitar su desvinculación como beneficiaria del régimen contributivo.

En ese orden, al estar acreditado que la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** se encuentra efectivamente afiliada en el régimen subsidiado desde el 21 de abril de 2021, esto es, antes de la interposición de la acción de tutela, es por lo que el amparo habrá de negarse, pues no se constata la ocurrencia de alguna acción u omisión por parte de la accionada que hubiese trasgredido las garantías constitucionales de la actora, siendo este un presupuesto necesario *“de orden lógico-jurídico”* para que haya lugar a la protección constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno indicarle a la accionante que, si su intención es vincularse a otra EPS dentro del Régimen Subsidiado, distinta a la EPS accionada, que satisfaga sus necesidades de atención en salud en relación con la cobertura geográfica, podrá hacer uso de la figura del traslado entre EPS en los términos del artículo 50 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.7.2. del Decreto 780 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** en contra de **FAMISANAR E.P.S.**, frente a la solicitud de amparo del derecho fundamental de petición del 05 de marzo de 2021, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO** dentro de la acción de tutela de **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** en contra de **FAMISANAR E.P.S.**, frente a la solicitud de amparo del derecho fundamental de petición del 11 de marzo de 2021, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la salud y debido proceso invocado por la señora **YETSAY FERNANDA BENJUMEA MENDOZA** en contra de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**, en relación con la solicitud de desvinculación del régimen contributivo en calidad de beneficiaria, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ