



RADICADO: 684254089001-2023-00012-00

ACCIONANTE: ALVARO DUARTE

ACCIONADO: E.P.S. SANITAS

Macaravita (S), Ocho (08) de Mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Despacho a pronunciarse de fondo respecto del amparo solicitado por el señor ALVARO DUARTE en contra de la EPS SANITAS, que involucra su derecho fundamental a la salud y seguridad social.

ANTECEDENTES

ALVARO DUARTE Actuando por intermedio de la personería de Macaravita, Santander, instaura acción pública constitucional por estimar vulnerado su derecho fundamental a la salud y la seguridad social.

Sustenta su solicitud, en los siguientes hechos que se resumen así:

HECHOS Y PRETENSIONES

1. Manifiesta ser una persona de setenta y tres (73) años de edad, actualmente se encuentra en estado “Retirado” en la base de datos actualizado bajo el régimen contributivo en la entidad EPS SANITAS.
2. Expresa el peticionario que estuvo afiliado en la EPS SANITAS, en calidad de beneficiario desde el día diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022) hasta el veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022) fecha de finalización de la vinculación quede sin servicios de salud.
3. Informa que el día 22 de marzo de dos mil veintitrés (2023), radico el derecho de petición ante la EPS SANITAS, en la cual solicitaba la activación de servicio en régimen subsidiario y el traslado de los servicios de salud al municipio de Macaravita – Santander, a la ESE Hospital Señor de la Misericordia.
4. Hace saber además que el día 27 de marzo de dos mil veintitrés obtuvo respuesta de la EPS SANITAS, donde me informa que una vez validada la información, no es posible realizar la movilidad al régimen subsidiado, ya que su afiliación actual se encuentra en calidad de beneficiario padres, y el titular del contrato Luis Eduardo Duarte Hernández no se encuentra con clasificación de encuesta Sisbén, es necesario que todo el grupo familiar cuente con la encuesta para aplicar con el beneficio.
5. Afirma que vive en Macaravita, se encuentra con encuesta Sisbén en este mismo municipio, que el hijo quien era cotizante de el seguro de salud se encuentra ya fuera del país, de momento no puede acceder a ningún tipo de control en salud pues se encuentra suspendido, seguido a que no tiene ningún contrato laboral que le permita cotizar servicios médicos, a su edad se encuentra seriamente desprotegido en materia de salud.



Como pretensiones deprecia al Juez Constitucional lo Siguiente:

1. Proteger su derecho fundamental a la SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.
2. Ordenar a la EPS SANITAS a trasladar al señor ALVARO DUARTE, en calidad de beneficiario del señor LUIS EDUARDO DUARTE HERNANDEZ como cotizante y garantizar su vinculación como usuario en el Régimen Subsidiado en el Municipio de Macaravita.

ELEMENTOS DE PRUEBA QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- Fotocopia Cedula de ciudadanía del señor ALVARO DUARTE
- Pantallazo de ADRES
- Copia de la respuesta de sanitas a la PQRS N°. 23-03085375
- Pantallazo ficha Sisben

TRASLADO Y PRONUNCIAMIENTO DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

Recibida la solicitud de tutela, el Despacho mediante auto adiado el 21 de abril de los corrientes, admitió la demanda y dispuso correr traslado a la entidad accionada, así como vincular a la Secretaría de Salud Departamental, a La Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud- ADRES, a la Administración Municipal de Macaravita y a la dependencia de los Sistemas de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales.

- I. La EPS SANITAS S.A.S respondió a la presente acción constitucional, indicando que el señor ALVARO DUARTE se encuentra en estado de afiliación activo en la entidad promotora de salud, declara que se le han brindado todas y cada una de las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud el cual se ha efectuado a través de un equipo multidisciplinario y acorde con las respectivas ordenes medicas emitidas por los galenos tratantes.

Acota, además: “El señor ALVARO DUARTE, se encontró afiliado en calidad de beneficiario amparado padre del señor LUIS EDUARDO DUARTE HERNANDEZ, hasta el 24 de abril de 2023, teniendo en cuenta la novedad de cambio de tipo de afiliado de beneficiario a cotizante solicitada por el señor Álvaro Duarte, mediante formulario único de afiliación N°. 171406137, en el cual reporto su afiliación como cotizante independiente, se realiza ajuste. Aclarando que el usuario en el formulario indica tener ingresos de \$1.160.000 por lo tanto pertenecer al régimen contributivo. (Anexan pantallazo donde registra la información del señor Álvaro Duarte como Trabajador Independiente)”

Además, indica que teniendo en cuenta las razones anteriormente esbozadas es evidente que EPS SANITAS ha actuado de acuerdo a la normatividad vigente toda vez que no se vulneraron los derechos fundamentales del señor ALVARO DUARTE.

En argumentos de defensa informa que existe carencia del objeto por hecho superado ya que aparentemente lo que motivo la acción de tutela ya no existe a la fecha.



Macaravita – Santander

- II. La respuesta por parte de Secretaria de Planeación: “Me permito informar al despacho, que, revisada la base de datos del Sisbén del Municipio de Macaravita, actualmente la encuesta del señor Álvaro Duarte identificado con cedula de ciudadanía N° 5.678.529 de Macaravita (S), se encuentra sisbenizado en este Municipio, con el número de ficha Sisbén 68425004537100000271 de fecha del 28 de octubre de 2022, siendo titular de dicha ficha, quedando en el nivel de Pobreza Moderada (B1). (Anexan copia encuesta Sisbén, ficha grupo familiar Sisbén y ficha puntaje Sisbén)”.

COMPETENCIA

De conformidad con la competencia atribuida por el artículo 86 de la Carta Política, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º, numeral 1º, inciso 2º del Decreto 1382 del 2000, y lo preceptuado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para el conocimiento de la presente acción de tutela, ya que los jueces municipales conocerán de las acciones constitucionales contra cualquier autoridad del orden distrital o municipal y contra particulares.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente asunto la EPS SANITAS, vulneró el derecho fundamental a la salud y la seguridad social del señor ALVARO DUARTE, al no trasladar de calidad de beneficiario cotizante a régimen subsidiado.

CONSIDERACIONES

Del derecho a la salud de personas de la tercera edad, personas de especial protección constitucional (adultos mayores), y su nexo e importancia con los principios de integralidad y de continuidad.

El derecho a la salud se encuentra protegido por la Constitución Política de 1991, dado su carácter inherente al ser humano. De ahí que su artículo 49 imparta la garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Tiene una doble connotación: por un lado, constituye un derecho fundamental del cual son titulares todos los ciudadanos del territorio nacional y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado. De lo anterior se colige que máxime si se trata de personas de la tercera edad que dispensan de la especial protección que ordena el artículo 46 de rango constitucional.

En cuanto a su desarrollo legal, como se dijo anteriormente, tiene su asiento en la Ley 1751 de 2015 que en su artículo 2 consagra lo siguiente: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.



Además, en lo atinente a la atención oportuna en salud, la ley estatutaria 1751 de 2015 establece que “la oportunidad en la prestación de servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.” De modo que, la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecimiento.

La colegiatura constitucional en mención ha reconocido que el derecho a la salud es de persistencia fundamental. Además, ha reconocido que en ciertas hipótesis tal garantía adquiere mayor importancia y preponderancia, de modo que tiene una protección reforzada. Ello, sucede en el caso de los niños y de las **personas de la tercera edad**.

Es preciso recordar que el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional tiene una protección reforzada, debido a que desarrolla el derecho a la igualdad, mandato que impone mayores obligaciones a las autoridades y a los particulares de atender las enfermedades que estos padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los menores y las personas de la tercera edad.

En aras de zanjar la cuestión planteada, es preciso remitirnos a los lineamientos jurisprudenciales esbozados por la jurisprudencia constitucional y a la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores expedida el 15 de junio de 2015 y ratificada por Colombia el 10 de septiembre de 2020.

Bajo la anterior premisa se reconoce desde la jurisprudencia constitucional que el derecho a la salud es de rango fundamental, principalmente cuando su amenaza o vulneración involucra sujetos de especial protección reforzada, permitiéndoles acudir ante el juez de manera directa.

De acuerdo a lo establecido por la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, del 15 de junio de 2015 de la OEA, se debe tener en cuenta el rango de tratado internacional incorporado por el artículo 93 de la Constitucional, en el cual se establecen las reglas para protección de la salud de los adultos mayores, que se encuentran en estados de indefensión y que al igual que el actor merecen un trato digno para continuar su vida, es así que se realiza un control difuso de convencionalidad, en esta decisión destacando lo acertado de esta convención en su preámbulo, así como como los artículos que debe ser acogidos por todos los Estados parte y Colombia ratifico el protocolo facultativo el 10 de septiembre de 2020.

Artículo 2 Cuidados Paliativos

Artículo 3 Discriminación de la edad por la vejez

Artículo 6 Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez.

Artículo 17 Derecho a la seguridad Social.

Artículo 19 Derecho a la salud



Artículo 26 Derecho al Transporte.

Así como lo ordena nuestra Carta Magna, lo ordena la Convención Interamericana de la protección de los derechos humanos de las personas mayores, convención que tiene consonancia con la Universalidad de los derechos humanos, decisiones que deben ser acatados por los Estados Parte y los particulares, en el marco de la protección de adultos mayores.

Capacidad de pago

La tutela 561 de 2008 es muy clara en los apartes en los cuales nos dice: “En el Sistema de Seguridad Social en Salud las personas con escasos recursos económicos también merecen de la acción positiva del Estado para aliviar sus diferencias, pues a pesar de que la tenencia de una capacidad económica no es un factor determinante para el acceso al servicio de salud, se debe contribuir al mantenimiento del Sistema, y allí es donde el Estado, en aras a garantizar una igualdad material, intercede subsidiando a, aportando por, la población que carece de recursos económicos; es esto la configuración del principio de equidad que rige las relaciones en el sistema de salud y el cual reza: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa” (Resalta la Sala).”

Más adelante nos afianza el concepto determinando: “La capacidad económica del individuo constituye un punto de diferenciación en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pues determina el tipo de participación al que está sujeto. De este modo, si posee capacidad de pago para cubrir el monto de una cotización pertenece al régimen contributivo y si carece de la mencionada capacidad entonces pertenecerá al régimen subsidiado, de allí que se determinó que “serán subsidiadas la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana” y estableció la prioridad de atención dentro de esta población vulnerable a las “personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”

Incluye igualmente dato muy puntual como: “Asimismo como reflejo de la universalidad que propugna el Sistema de Seguridad Social en Salud y en interés de la salvaguarda de este derecho fundamental, se estableció la figura de “los participantes vinculados” que “son 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”.



Aduciendo a lo anterior la afiliación al Régimen Subsidiado será indefinida mientras subsistan las condiciones previstas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS, esto es, mientras el beneficiario sea una persona pobre y vulnerable sin capacidad de pago.

Y para finalizar es muy clara la posición frente: “Se privilegia por razones de solidaridad la afiliación en el régimen contributivo, toda vez que si la persona está afiliada a dicho régimen es porque posee la capacidad económica para sufragar el costo, requisito que excluye de plano su afiliación al régimen subsidiado que, como ya se mencionó, solamente va dirigido a las personas pobres y vulnerables, en otros términos “dado que la afiliación a uno u otro régimen depende de la capacidad de pago, puede afirmarse que se trata, por tanto, de un sistema excluyente en la medida en que se tiene capacidad de pago y se pertenece al régimen contributivo o se carece de los recursos y tiene derecho a afiliarse al sistema subsidiado”

Principio de Solidaridad

El artículo 50 del Decreto 806 de 1998 es muy claro al determinar: “Cuándo una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado”

A lo anterior la corte constitucional mediante tutela 272 de 2010 aclaro frente al tema de la multifiliación y al principio de solidaridad que: “De conformidad con el Decreto 806 de 1998, se tiene que cuando una persona se encuentra simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, debe cancelarse la inscripción en el régimen subsidiado respondiendo al principio de solidaridad, pues se presume que cuando alguien pertenece al régimen contributivo es porque tiene capacidad de pago...”

Encontramos igualmente la reiteración frente a determinar el régimen en caso de multifiliación y reitera con el aparte: “Dado pues que el criterio determinante para la afiliación al régimen subsidiado es la falta o escasez de recursos económicos que le permitan a la persona cotizar, no podrán entonces “ser beneficiarias de los subsidios en salud del régimen subsidiado las personas que tengan vínculo laboral vigente, o quienes perciban ingresos o renta suficientes para afiliarse al Régimen Contributivo, quienes estén pensionados, o quienes como beneficiarios de otra persona estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a cualquiera de los regímenes de excepción establecidos en la normatividad vigente”. Por la misma razón, el Decreto 806 de 1998 establece en su artículo 48 que “ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado...”

Uno de los eventos por los que se puede perder la calidad de afiliado al régimen subsidiado es la multifiliación, situación que genera la exclusión del sistema, tal como lo establece el artículo 28 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS: “En los casos en que se detecte afiliación múltiple en el régimen subsidiado bien sea por que una persona se encuentre reportada como



Macaravita – Santander

afiliada dos o más veces en una misma ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a dos o más ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a los regímenes contributivo y subsidiado, o los regímenes de excepción, las Entidades Territoriales y las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán observar los procedimientos establecidos en el presente Acuerdo, aplicando en lo pertinente el Decreto 806 de 1998.”

Igualmente es muy claro referente a este tema el artículo 50 del Decreto 806 de 1998 el cual nos dice: “Artículo 50. REGLAS PARA LA CANCELACIÓN DE LA AFILIACIÓN MÚLTIPLE. Para efecto de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas: ... Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.”

Principio de Subsidiaridad

Subsidiariedad

1. En virtud del principio de subsidiariedad, la tutela procede como mecanismo principal (artículo 86 C.P.¹), cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger sus derechos². En cada caso concreto, el juez constitucional deberá verificar, de un lado, la existencia de un mecanismo judicial para garantizar los derechos del accionante. Y, del otro, la idoneidad y eficacia de aquel para restablecer de forma oportuna, efectiva e integral los derechos invocados³. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal⁴. De igual manera, ante la existencia de medios judiciales idóneos y eficaces, el amparo procederá transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable.

2. Adicionalmente, esta Corporación ha reconocido que, si el actor es un sujeto de especial protección constitucional, el juez de tutela debe aplicar criterios de análisis más amplios, aunque no menos rigurosos⁵. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que, en los casos de niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, se debe brindar un tratamiento diferenciado⁶.

3. Para los casos estudiados, en principio, existe un mecanismo ordinario de defensa judicial al que las demandantes podrían acudir. En efecto, el Legislador atribuyó competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) para conocer, entre otras, de las controversias relacionadas con la

¹ Ver el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución y del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

² “Procede como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las circunstancias del caso que se estudia”. Sentencia T-188 de 2020. Ver además las Sentencias T-800 de 2012, T-436 de 2005 y T-108 de 2007.

³ Sobre el particular, la Corte ha establecido que “el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”. Sentencia T-040 de 2016.

⁴ Asimismo, el juez de tutela debe tener en cuenta que no puede suplantar al juez ordinario. Ver al respecto la Sentencia T-235 de 2018.

⁵ Ver al respecto las sentencias T-401 de 2017, T-163 de 2017, T-328 de 2011, T-456 de 2004, T-789 de 2003 y T-136 de 2001.

⁶ Sentencias T-662 de 2013 y T-527 de 2015.



Macaravita – Santander

cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su *negativa* ponga en riesgo o amenace la salud del usuario⁷.

4. No obstante, en ninguno de los casos objeto de debate, existe constancia de la denegación expresa de servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, imputable a las EPS accionadas, por lo que no sería aplicable el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud.

5. Por otra parte, en casos de personas mayores⁸ o de la tercera edad⁹ y con gravísimas afectaciones a su salud, la Corte ha tenido en cuenta tal situación como un criterio para evaluar la eficacia de los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, ha señalado que exigirles a estos sujetos acudir al mecanismo principal de defensa implicaría someterlos a una espera irrazonable y desproporcionada. Lo anterior, porque *“cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de los colombianos (...) por su avanzada edad [es dable suponer que], ya su existencia se habría extinguido para la fecha de una decisión dentro de un proceso judicial ordinario”*¹⁰.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. **En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial alterna de protección. (negrilla del Despacho)**

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judiciales que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para salvaguardar los derechos invocados.

Sobre el particular, la Corte ha indicado que cuando una persona acude al amparo constitucional con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que, dentro del marco estructural de la administración de justicia, es el competente para conocer un determinado asunto^[33].

⁷ Ley 1122 de 2007, artículo 41, literal a.

⁸ El artículo 2 de la «Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores», aprobada por la Ley 2055 de 2020, definió a la persona mayor como *“aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”*. Por su parte, el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 define al adulto mayor como *“aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”* o incluso *“menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”*.

⁹ Sobre el concepto de persona de la tercera edad, la Sentencia C-395 señaló que, si bien la jurisprudencia constitucional no ha sido pacífica en definirlo, desde la Sentencia 138 de 2010 se reitera el criterio según el cual, es persona de la tercera edad, quien haya superado la esperanza de vida en Colombia (Véanse las sentencias T-844 de 2014, T-047 de 2015, T-339 de 2017 y T-103 de 2020). En estos términos, la Sentencia T-013 de 2020 indicó que, *“no todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor”*.

¹⁰ Sentencia T-086 de 2015.



10. De acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo constitucional cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela también debe analizarse de una manera flexible, cuando así lo amerite el caso concreto. En ese orden de ideas, con fundamento en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican la procedibilidad^[34] de la acción de tutela, aún en aquellos eventos en que exista otro medio de defensa judicial, así:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; escenario en el que el amparo es procedente como mecanismo definitivo; y,

(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable; circunstancia en la que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

11. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios de defensa judiciales, debe evaluarse en cada caso la idoneidad del mecanismo propuesto, para determinar si dicho medio judicial tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal. Además, tendrá en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Así, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, el amparo procede de manera definitiva.

12. En el caso de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha reconocido una mayor flexibilidad en el análisis del requisito de subsidiariedad. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar si este se encuentra en la posibilidad de ejercer el medio de defensa, en igualdad de condiciones al común de la sociedad^[35]. De esa valoración dependerá establecer si el presupuesto mencionado se cumple o no en el caso concreto.

Del derecho de petición

13. Está consagrado en el artículo 23 de la Constitución en los siguientes términos *“[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. || El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas (...)”*.

14. En sentencia C-951 de 2014, la Corte adujo que el derecho de petición constituye una garantía instrumental que permite ejercer otros derechos, por ejemplo, el acceso a la información, la participación política y la libertad de expresión. En estos términos, es evidente su importancia al interior de un Estado democrático, al favorecer el control ciudadano en las decisiones y actuaciones de la administración y de particulares en los casos establecidos en la ley.

15. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los elementos esenciales del derecho de petición son los siguientes: i) pronta resolución; ii) respuesta de fondo; y iii) notificación. Estos aspectos fueron abordados en sentencia T-044 de 2019, así:



Macaravita – Santander

- Prontitud: la respuesta debe efectuarse en el menor tiempo posible sin exceder los términos legales.
- Respuesta de fondo: la contestación de debe ser clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa, de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, evitando pronunciamientos evasivos o elusivos; congruente, que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que atienda la cuestión en su totalidad.
- Notificación: no basta con solo emitir la respuesta, en la medida que debe ser puesta en conocimiento del interesado.

16. Debe resaltarse que la respuesta es inescindible al derecho de petición, no necesariamente tiene que ser favorable a lo solicitado, pues este elemento se satisface con la emisión de un pronunciamiento *de fondo*, conforme las características recién mencionadas.

17. Por otro lado, al tratarse de un derecho fundamental, el legislador reguló su ejercicio a través de la Ley Estatutaria 1755 de 2015^[39]. Esta ley señala que, por regla general, toda petición debe resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Sin embargo, estableció un término especial tratándose de peticiones sobre: *i)* documentos e información (10 días); y *ii)* consultas a las autoridades en relación con las materias a su cargo (30 días).

18. Además, el legislador previó que en los casos en los que no sea posible atender el término legal, la autoridad debe informar tal situación al interesado, expresando los motivos de la tardanza y señalando el plazo razonable en que se dará respuesta, el cual no podrá exceder el doble del inicialmente previsto.

19. En relación con el ejercicio del derecho de petición ante instituciones privadas, el artículo 32 de la ley en cita, establece que podrá ejercerse ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica. Además, dispuso que puede promoverse ante personas naturales cuando el solicitante se encuentre en situación de indefensión o subordinación.

20. En conclusión, el derecho de petición presenta rango de garantía fundamental en el ordenamiento jurídico. El legislador estableció que, por regla general, las peticiones deben ser respondidas dentro del término de 15 días, y admitió su procedencia ante organizaciones de carácter privado y ante personas naturales. En este último caso, siempre y cuando el solicitante se encuentre en situación de indefensión o subordinación.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Descendiendo al asunto en cuestión, se tiene que el accionante es una persona mayor de edad con setenta y tres (73) años, quien se encuentra vinculado en la base de datos actualizada bajo el régimen contributivo en la entidad E.P.S. SANITAS S.A.S.

De igual manera, comunica en el escrito de tutela que es una persona que se encuentra como cotizante beneficiario de su Hijo LUIS EDUARDO DUARTE HERNANDEZ quien tiene fecha de finalización de vinculación el 22 de noviembre de 2022; que el accionante el día 22 de marzo de 2023 radico derecho de petición a la EPS SANITAS para que lo trasladaran al régimen subsidiado, la EPS SANITAS dio respuesta el 27 de marzo de 2023 informando que el titular Luis Eduardo Duarte Hernández no se encuentra con clasificación de encuesta Sisbén, por lo que es



Macaravita – Santander

necesario que todo el grupo familiar cuente con la encuesta para aplicar con el beneficio; a lo que adiciona informando el accionante que su hijo se encuentra fuera del país y que no ha podido acceder a ningún tipo de control en salud, y continua manifestando que no tiene ningún contrato laboral que le permita cotizar servicios médicos y que por la edad se encuentra desprotegido.

Como consecuencia de la demanda instaurada, la empresa promotora de salud EPS SANITAS, en su respuesta al Despacho, registro en el escrito que al efectuar análisis de los hechos y las pretensiones deprecados en la acción constitucional se encuentra lo siguiente: *“el señor Álvaro Duarte se encontró afiliado en calidad de beneficiario amparado padre del señor Luis Eduardo Duarte Hernández, hasta el 24 de abril del 2023, teniendo en cuenta la novedad de cambio de tipo de afiliado de beneficiario a cotizante solicitada por el señor Álvaro Duarte, mediante formulario único de afiliación N° 171406137, en el cual reporto su afiliación como cotizante independiente, se realiza ajuste. Aclarando que el usuario en el formulario indica tener ingresos de \$1.160.000 por lo tanto pertenecer al régimen contributivo”;* por lo anterior la EPS SANITAS solicita se declare improcedente la acción constitucional toda vez que no se configuro ninguna violación a los derechos fundamentales.

La respuesta de secretaria de Planeación Municipal de Macaravita – Santander es: *“el señor Álvaro Duarte se encuentra sisbenizado en el municipio con numero de ficha 6842004537100000271 de fecha 28 de octubre de 2022 siendo titular de la ficha quedando con nivel de pobreza moderada (B1)”*.

Prevía información por la EPS SANITAS S.A.S., resulta procedente traer a colación que en lo referente a la presente acción constitucional se toma como Hecho Superado, definiendo el mismo como: *“Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que, como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante”*.

En vista que el señor ALVARO DUARTE tramito el formulario único de afiliación y registro de novedades al SGSSS como independiente de fecha 18 de abril de 2023 con registro de formulario No 171406137, en el que se evidencia la firma del actor, que la Ley y la jurisprudencia es muy clara al consagrar que la persona que tenga la capacidad de pago se incluirá en el régimen contributivo y esta no podrá acceder al regimen subsidiado.

El Despacho realizando una trazabilidad sobre la situación del actor quien en el hecho primero de la demanda afirma estar retirado de la base de datos actualizada bajo el regimen contributivo en la EPS SANITAS, pero, se logró comprobar al imprimir el certificado del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, que es todo lo contrario, en dicho certificado aparece ACTIVO con fecha de afiliación actual efectiva, como tipo de afiliado COTIZANTE, lo que genera duda al solicitar ante este Juzgado su efectiva vinculación al regimen subsidiado de Salud y obtener los beneficios que otorga, pero, la Corte es clara al señalar en reiterada Jurisprudencia, que quien demuestra capacidad económica debe estar afiliado en el regimen contributivo, pues de lo contrario se le estaría quitando la posibilidad a otra persona en estado de pobreza acceder a los servicios de salud otorgados por la Ley, valga aclarar con lo anterior que la Entidad Promotora de Salud no le ha vulnerado los derechos invocados por el actor.

Igualmente al estudiar la respuesta de la EPS SANITAS, se logro vislumbrar de las pruebas aportadas que el actor firmo el Formulario único de Afiliación y Registro de



Macaravita – Santander

Novedades al SGSSS, con número 171406137, de fecha dieciocho (18) de abril de la presente año, lo que se traduce en que, cuando se instauró la Acción Constitucional el actor ya se encontraba gozando de protección en seguridad social y salud ante la EPS SANITAS, en el regimen contributivo, y aun a sabiendas de este evento impetro la tutela ante el Juzgado a partir del 20 de abril de 2023, si el actor hubiese informado de esa eventualidad, se habría evitado el desgaste del agente oficioso como de la misma administración de Justicia.

Otro hecho que merece atención y mención por parte del Despacho, es la respuesta que proporcionó el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales-SISBEN, por intermedio de la Secretaría de Planeación Municipal de Macaravita, quien aportó pruebas de que el actor se encuentra incluido en el programa del SISBEN con número de ficha 6842500453700000271, de fecha 28 de octubre de 2022, siendo el titular de dicha ficha, quedando en el nivel de pobreza moderada (B1), lo que lleva a este Juzgado a concluir que el actor actuó de una forma poco honesta con el agente oficioso e intento distorsionar la verdad mediante la demanda, llevando a un estudio innecesario por parte de la jurisdicción, teniendo en cuenta que como se evidencio el señor ALVARO DUARTE si tiene capacidad de pago para se incluido en el regimen contributivo y no como se registró en la ficha del SISBEN en pobreza moderada. Ante lo anterior se concluye por parte de este Despacho que la presente acción se niega por improcedente.

Decreto 2591 de 1991

ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitant
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo [88](#) de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Inexistencia del perjuicio irremediable

32. El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (subraya por fuera de texto). La jurisprudencia de esta Corte ha definido el perjuicio irremediable como “el riesgo de consumación de un daño o afectación cierta, negativa, jurídica o fáctica, a los derechos fundamentales, que debe ser invocada por el juez constitucional, dada la alta probabilidad de su ocurrencia”.^[41] En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “si la Constitución Política noco



Macaravita – Santander

nsagrase el carácter subsidiario de la acción de tutela, se vaciarían de contenido lo mecanismos de defensa judicial dispuestos por el ordenamiento jurídico”.^[42]

33. Ahora bien, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido que (i) el perjuicio debe ser inminente, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) el perjuicio que se cause sea grave, lo que implicaría, en consecuencia, un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iii) las medidas que se requieran para evitar la configuración sean urgentes; y (iv) la acción es impostergable, es decir, en caso de aplazarse la misma sea ineficaz por inoportuna.^[43]

Ahora bien en el caso sublite, se advierte que la acción de tutela se encuentra encaminada a que se le ordene a la accionada EPS SANITAS que afilie al actor al regimen subsidiado, lo que no podría realizar el Despacho, toda vez que quedo demostrado con anterioridad con las pruebas presentadas por la EPS y la secretaría de planeación del municipio de Macaravita, que el señor ALVARO DUARTE, se encuentra afiliado a la misma Entidad Promotora de Salud, en el regimen contributivo, lo que haría inane cualquier acción que tomará el Juzgado, por que como quedo establecido el actor cuenta con los recursos económicos para cancelar la afiliación al regimen contributivo tal y como lo ordena la Ley y la Jurisprudencia, en el presente caso no se avizora ni existe un perjuicio irreparable e irremediable, en razón a que el actor puede y debe agotar otras instancias para proceder que la EPS lo traslade al regimen subsidiado y como se pudo observar el accionante no cumple con los requisitos para acceder a este beneficio que otorga el Estado.

Es claro y avizora el Despacho que el actor tiene otros medios para acceder al regimen subsidiado, si es que logra demostrar que no cuenta con los recursos económicos necesarios para mantenerse en el regimen contributivo, pero la forma en que se utilizo la acción constitucional no es la adecuada, por lo registrado con anterioridad, debemos tener presente que esta acción constitucional goza de un principio de subsidiaridad y antes de acceder a ella, deben agotarse otras instancias para acceder a la tutela. El actor debió hacer uso de todos los recursos ordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o que lesionan sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial alterna de protección, por todo lo anteriormente registrado es improcedente la solicitud sobre los derechos presuntamente violados.

Por lo tanto, este Juzgado, procederá a **NEGAR Y DECLARAR IMPROCEDENTE** por cuanto la entidad accionada no vulnera los derechos del actor, frente a las pretensiones Primera y Segunda del escrito de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Macaravita (Santander), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la solicitud del amparo constitucional reclamado por el accionante ALVARO DAURTE en contra de la EPS SANITAS, por lo expuesto en la parte motiva del auto.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud -ADRES-, la Secretaría de Salud Departamental, la Administración Municipal del Municipio de



Macaravita – Santander

Macaravita y la dependencia de los Sistemas de Identificación de potenciales beneficiarios de programas sociales por lo expuesto en la parte motiva en la providencia.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más expedito esta providencia a las partes y se le hace saber que disponen del término de tres (3) días contados a partir del siguiente al recibo de la notificación respectiva para impugnar esta decisión.

CUARTO: REMITIR esta acción constitucional a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE


YANETH SANCHEZ CASTILLO
Juez