

SENTENCIA DE TUTELA
Radicado 2021-0158-00
Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN
Accionado: SALUD TOTAL EPS



JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, treinta y uno (31) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 680014088014-2021-0158-00, instaurada por ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN, en contra de SALUD TOTAL EPS, habiéndose vinculado de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

ANTECEDENTES

Los accionantes exponen en el escrito de tutela los siguientes hechos:

Hasta el mes de junio de 2021 estuvieron afiliados en el régimen contributivo en SALUD TOTAL EPS, ya que por problemas económicos no podían seguir cotizando.

Informan que EDUARDO JIMENEZ ha venido siendo tratado por medicina interna, por problemas de corazón, habiéndosele practicado un STENT y tiene orden de medicamentos tanto para coagulación como para la próstata.

Menciona que, desde el mes de junio, solicitaron a la EPS accionada se realice la afiliación para no perder continuidad en los servicios de salud especialmente del Señor Jiménez.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionantes: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Entidad Accionada: SALUD TOTAL EPS.

Entidades vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los accionantes solicitan el amparo de los derechos fundamentales a la SALUD y la SEGURIDAD SOCIAL, , los cuales, a su juicio, están siendo desconocidos por parte de la EPS SALUD TOTAL, al no afiliarlos al régimen subsidiado.

Expresamente solicita se ordene a la SALUD TOTAL EPS realizar la afiliación y se les siga prestando sin solución continuidad los servicios de salud especializada, principalmente al señor Jiménez, toda vez que tiene ordenada droga de carácter permanente.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

ADRES:

Mediante su asesora jurídica JIMENA ALEJANDRA DUSSAN OLIVEROS, manifiesta la falta de legitimación por pasiva de la entidad en razón a la función que tiene la EPS y no

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

la ADRES de prestar el servicio de salud, pues las EPS están obligadas a garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus usuarios, a su vez, alude que no es función de la ADRES la afiliación o desafiliación de una EPS por lo cual los derechos vulnerados se producirán por una omisión no atribuible a la ADRES, solicitando negar el amparo solicitado ya que los hechos descritos y el material probatorio enviado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que conlleve a la vulneración de los derechos incoados.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL :

Elsa Victoria Alarcón Muñoz abogada, expone que la señora ESPERANZA URIBE ARDILA y el señor EDUARDO JIMENEZ BELTRAN se encuentran afiliados a la eps salud total dentro del régimen contributivo en estado activo por emergencia.

Señala la falta de legitimación por pasiva ya que los hechos y pretensiones se encaminan a señalar la presunta responsabilidad de Salud Total EPS ante la negatividad de garantizar la prestación oportuna de los servicios de salud por no hacer los trámites pertinentes frente a la afiliación sin tener le ministerio funciones en dicha relación, siendo inexistente la vulneración por parte del ministerio, solicitando la improcedencia de la acción contra la entidad vinculada , debiendo exonerarse de responsabilidad en la presente acción constitucional.

SALUD TOTAL EPS:

Mediante el Gerente y administrador principal de Salud Total EPS-S S.A sucursal Bucaramanga, Efraín Guerrero Núñez, allegan contestación arguyendo que la movilidad al régimen subsidiado podrá realizarse culminada la emergencia sanitaria, pues prevalece la activación por emergencia.

Aunado a lo anterior, informo no existir evidencias de negación del servicio, mencionando que la última cita de la señora Esperanza Uribe fue el día 20 de enero de 2021, y todos los servicios ordenados fueron autorizados, sin observar citas ni ordenes pendientes por autorizar, siendo que el 23 de diciembre de la anualidad, se contactaron con la señora Esperanza quien solicito agendamiento de consulta general, informando no tener pendientes, autorizando en debida forma la cita y agendándola para el día 6 de enero del 2022 a las 8:33 am.

Con relación al señor Eduardo Jiménez Beltrán, la última atención medica registrada está fechada el 12 de mayo del 2021, habiéndose autorizado y entregado los medicamentos ordenados, tomando contacto con el sr Jiménez, quien solicitó cita de consulta general siendo agendada para el 6 de enero de 2022.

Resalta la entidad la inobservancia de la vulneración de derechos alegados, solicitando sea negada la acción de tutela instaurada por los accionantes, por no evidenciarse derechos vulnerados.

SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER:

El director de apoyo jurídico de contratación y procesos sancionatorios Nicéforo rincón García, alude que la señora esperanza Uribe Ardila y el señor Eduardo Jiménez Beltrán se encuentran afiliados a SALUD TOTAL EPS en estado de ACTIVOS POR EMERGENCIA al régimen contributivo.

Alude que la solicitud no es de competencia de la secretaria concluyéndose la no responsabilidad del ente territorial sin transgredir la secretaria derecho fundamental alguno de los accionantes Solicitando de esta manera la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad frente a la acción de tutela instaurada.

SUPERSALUD:

Claudia Patricia Forero Ramírez, en calidad de defensa jurídica de la entidad, indica que al revisar la BDU de la ADRES encuentra afiliación por parte de la señora esperanza Uribe ardila y el señor Eduardo Jimenez Beltran a SALUD TOTAL EPS en régimen

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

contributivo en estado de emergencia. Refiere sobre sus funciones, las cuales nada tienen inmerso con las funciones de la entidad accionada, solicitando de esta manera la exclusión sobre cualquier responsabilidad frente a la acción de tutela referida por no vulneración de derechos incoados.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN

Está debidamente acreditada la legitimación para actuar de los señores ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN a fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales a la SALUD y SEGURIDAD SOCIAL.

COMPETENCIA

Este juzgado es competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, 1 del Decreto 1382 del 2000, 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, así como en el Auto 050 de 2015 de la Corte Constitucional y en el artículo 1º del decreto 1983 de 2017, según el cual, “ Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

“1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.”

Así mismo se establece que tanto los accionantes como la accionada tienen su domicilio en la ciudad de Bucaramanga, ámbito territorial en el que ejerce sus funciones éste despacho judicial.

PROBLEMAS JURÍDICOS CONSIDERADOS

¿SALUD TOTAL EPS se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL de los accionantes ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN, al no afiliarlos al régimen subsidiado de salud?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “*la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación¹ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015² le atribuyeron al

¹ Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) *trato a la persona conforme con su humana condición*(...)”³.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015⁴ fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “*la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano*”. Bajo la misma línea, la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “*pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente*”⁵.

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

Breve reseña de las normas principales que rigen la prestación de los servicios del sistema de salud, afiliación al régimen contributivo y planes voluntarios de salud. Apartes jurisprudenciales en la materia.

Para el caso objeto de estudio, se hace preciso traer a colación, lo dicho por la Corte Constitucional, en su sentencia T-074 de 2017, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, donde se dice lo siguiente:

1.1. El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

² El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

³ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶ Artículo 22: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

⁷ “*Artículo 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*”

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

del Hombre⁸ y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁹.

1.2. Cabe resaltar que son múltiples los instrumentos internacionales que consagran planteamientos dirigidos a la salvaguarda de los derechos de las personas que se hallan en condiciones de discapacidad, al señalar deberes de comportamiento que comprometen tanto al Estado como a las personas, estableciendo parámetros y lineamientos de acción que se dirigen a prevenir la discapacidad y a otorgar la atención requerida desde la perspectiva del derecho a la seguridad social.

1.3. A partir de lo anterior y con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, la legislación interna ha desarrollado diferentes estructuras normativas dirigidas a regular y proteger efectivamente los derechos de quienes se encuentran en condición de vulnerabilidad, como se evidencia en los artículos 48 y 49 de la Carta Política de Colombia.

1.4. De conformidad con dicha normativa esta Corte ha definido el derecho a la seguridad social como el *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*.¹⁰

1.5. En desarrollo de estas normas constitucionales se expidió la Ley 100 de 1993 *“por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”*, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas en relación con su salud y su situación económica. Este sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

1.6. Por su parte el artículo 8 de la Ley 100 de 1993 se refiere a la *“conformación del sistema de seguridad social integral como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en [dicha] ley.”*

1.7. En atención a lo descrito, cabe señalar que en materia de seguridad social en salud existen dos regímenes, por lo que, las personas participarán en el servicio en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, cada uno con características propias y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

1.8. Al primer tipo pertenece la población con capacidad contributiva y sus beneficiarios, administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.). Al segundo, y en aplicación del principio de solidaridad, se afilia la población sin capacidad contributiva; este régimen es administrado por las EPS-S. Por último, pertenece también al Régimen de Seguridad Social la población *“vinculada”*, condición temporal destinada a cubrir a la población pobre y vulnerable y, a sus grupos familiares que no tengan capacidad de cotizar; su administración está confiada a las direcciones locales, distritales y departamentales de salud.

⁸ *“Artículo 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*

⁹ *“Artículo 9º. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”*

¹⁰ Sentencia T-1040 de 2008.

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158- 00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

1.9. El artículo 156 dispone en su literal J) que en aras de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el fondo de solidaridad y garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.

1.10. El régimen subsidiado se define como *“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.”*¹¹

1.11. En este sentido, el artículo 157 establece en concreto que habrán afiliados al régimen contributivo y al subsidiado de la siguiente manera:

“Artículo. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

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

*2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto 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.*¹²

B) Personas vinculadas al sistema.

*Los participantes vinculados 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.”*¹³

¹¹ Artículo 211 de la ley 100 de 1993.

¹² Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15. Se reemplaza el término *discapacitados* por la expresión *personas en situación de discapacidad*.

¹³ De igual forma lo establece el artículo 25 del Decreto 806 de 1998. “Afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el presente decreto. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es obligatoria y se efectuará a través de los regímenes contributivo y subsidiado. Temporalmente, participará dentro del sistema la población sin capacidad de pago que se encuentre vinculada al sistema.”

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

1.12. Ahora, en relación con la afiliación al régimen contributivo de los familiares del cotizante, el artículo 34 del Decreto 806 de 1998 estipulaba¹⁴:

“Artículo 34. Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

a) El cónyuge;

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;

c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;

d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;

e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;

f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;

g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

Parágrafo. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.”

1.13. Como complemento, el artículo 40 de esa normativa establecía que si un afiliado cotizante tenía otras personas diferentes a las establecidas que dependieran económicamente de él y fueran menores de 12 años o con un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrían incluirse en el grupo familiar, siempre y cuando pagaran un aporte adicional atendiendo a la edad y el género de la persona de más inscrita en el grupo familiar. Este afiliado sería un cotizante dependiente con los mismos derechos de los beneficiarios.

1.14. Posteriormente el Decreto 2353 de 2015¹⁵ modificó la disposición referida sobre quiénes pueden pertenecer al régimen contributivo como beneficiarios, y estableció que *“los miembros del núcleo familiar del cotizante de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 34.1 del presente artículo.”*¹⁶

1.15. Así mismo consagró en el artículo 38 la figura del afiliado adicional, en virtud de la cual el cotizante puede afiliar como beneficiario a aquellas personas que tenga a cargo y dependan económicamente de él y se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y, no cumplan los requisitos para ser cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, *“de manera que podrán incluirse en el núcleo familiar pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la subcuenta de solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos.”*

¹⁴ Derogado por el artículo 89 del Decreto 2353 de 2015 mediante el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud.

¹⁵ “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud.”

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

1.16. Ahora bien, en virtud del deber del Estado de garantizar la cobertura progresiva del sistema de salud a toda la población, esta Corporación ha señalado que los hermanos de los cotizantes también pueden ser afiliados al servicio de salud en calidad de beneficiarios sin exigirles ningún aporte adicional.

1.17. Como ejemplo de lo descrito, cabe citar la sentencia T-1054 de 2008, en la que la Corte concluyó que negar la afiliación como beneficiarios en salud de los hermanos de la cotizante, quien tenía la custodia de ellos y se encontraba afiliada como dependiente y con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente, hasta que cancelara una unidad de pago por capitación adicional a sus aportes, vulneraba los derechos fundamentales a la vida digna, salud y seguridad social de los menores. En esa ocasión, la Corte indicó:

“Entonces, si se tiene que (i) los hermanos Maldonado Betancourt son sujetos de especial protección constitucional; (ii) que Olga Lucía Betancourth, hermana de los menores Maldonado Betancourt, tiene su custodia, es decir, es responsable en forma permanente de su cuidado personal y de proporcionarles todo lo que necesitan para su manutención y desarrollo integral; (iii) que el sustento económico de Olga Lucía y de sus menores hermanos, depende de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$461.500; (iv) que a fin de que sus hermanos reciban la prestación de los servicios de salud contemplados en el P.O.S., debe pagar a Colmédica E.P.S. un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente a la edad y género de los menores, la cual oscila en \$430.488 para este año; (v) que debido a sus escasos ingresos, no cuenta con los recursos económicos necesarios para cancelar las U.P.C. y los costos adicionales exigidos para la afiliación de sus menores hermanos a dicha E.P.S.; (vi) que los menores Maldonado Betancourt no se encuentran afiliados al Régimen Subsidiado, lo que quiere decir que son participantes vinculados del Sistema de salud, y que esta situación es temporal, pues el Estado debe garantizar la cobertura progresiva del Sistema de Salud a toda la población; esta Sala concluye que la decisión de Colmédica E.P.S. de negar la afiliación de los menores Maldonado Betancourt a esa Empresa en calidad de beneficiarios de su hermana Olga Lucía Betancourth, vulnera los derechos fundamentales de los menores a la vida digna, salud y seguridad social.”

1.18. Por lo anterior, ordenó inaplicar las normas que prevén tal requisito y realizar las actuaciones necesarias para garantizar el derecho al acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de los hermanos de la cotizante, a través de su afiliación a la E.P.S., en calidad de beneficiarios.¹⁷

1.19. En relación con los planes adicionales de salud, el artículo 18 del Decreto 806 de 1998 los definía como el conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. De igual forma, establecía que el acceso a estos planes era de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde brindar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

1.20. De igual modo, dicha normatividad establecía que el usuario de un PAS podía elegir libre y espontáneamente si acudía al POS o el plan adicional en el momento de tomar algún servicio, teniendo en cuenta que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse los siguientes PAS:

- “1. Planes de atención complementaria en salud.*
- 2. Planes de medicina prepagada, que se registrarán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.*

¹⁷ En sentencia T-520 de 2013 esta Corte estudió el caso de una menor de trece años de edad que se encontraba afiliada a la EPS en el régimen contributivo como beneficiaria adicional de su hermano. La niña fue diagnosticada de parálisis cerebral espástica, secuelas de meningitis e hipoxia perinatal, retardo mental moderado, cuadriplejía, escoliosis secundaria, astigmatismo, entre otros, por lo cual ha requerido de un tratamiento médico integral y permanente. Este caso pone en evidencia la posibilidad de que los hermanos afilien como beneficiarios a sus hermanos que dependen de ellos.

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. *Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.*¹⁸

1.21. Dicho Decreto consagraba como requisito para acceder y renovar un PAS, estar afiliado al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya fuera en calidad de cotizantes o beneficiarios.¹⁹

1.22. Ahora, el Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, derogó las referidas disposiciones con los artículos 2.2.4.2, 2.2.4.3 y 2.2.4.4 y desarrolló en términos similares la posibilidad de adquirir planes voluntarios de salud y sus requisitos. Las normas referidas consagran lo siguiente:

“Artículo 2.2.4.2 Definición de planes voluntarios de salud. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un plan voluntario de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

Artículo 2.2.4.3 Tipos de planes voluntarios de salud. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes planes voluntarios de salud:

Planes de atención complementaria en salud.

Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. *Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento*

Artículo 2.2.4.4 Usuarios de los planes voluntarios de salud. Los contratos de Planes adicionales, solo podrán, celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

¹⁸ Artículo 19 del Decreto 806 de 1998.

¹⁹ También establecía el artículo 20 de dicho Decreto:

“(…) Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. *Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafíe del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”*

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

Las personas de que trata el artículo 279 de la ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.

Parágrafo. *Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del plan voluntario de salud. La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.”*

En consecuencia, todas las personas pueden acceder al sistema de seguridad social en salud, tanto como cotizante como beneficiarios o vinculados, y a su vez, contratar planes adicionales de salud siempre y cuando pertenezcan al régimen contributivo, pudiendo elegir si usa el POS o el Plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

CASO CONCRETO

Vulneración de Derechos Fundamentales Invocados

Sería de amparar los derechos solicitados por Esperanza Uribe Ardila y Eduardo Jiménez Beltrán en razón a la petición de cambio de afiliación a SALUD TOTAL EPS por problemas económicos, no obstante, se debe resaltar que no procederá la solicitud implorada por los accionantes, en razón a lo dispuesto por SALUD TOTAL EPS, en relación a la EMERGENCIA SANITARIA, en virtud de la cual realizó movilidad al régimen contributivo en estado de emergencia, tal como se verifica en el registro BDUA de la ADRES, esto atendiendo precisamente la actual situación económica que se refiere por los accionantes.

En efecto, como bien se advierte de lo adjunto por SALUD TOTAL EPS y demás entidades vinculadas a la presente acción de tutela, la señora ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN se encuentran en el régimen contributivo en ESTADO DE EMERGENCIA, la cual prevalece sobre el régimen subsidiado, al cual podrá realizarse la movilidad una vez culmine la emergencia sanitaria, en caso de persistir las condiciones necesarias para ello.

En dicho sentido, por la existencia de un estado de protección transitorio (emergencia sanitaria), se debe priorizar éste, pues se está dando protección a los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por los accionantes, precisamente con las medidas implementadas frente al estado de emergencia del país.

Aunado a lo anterior, conforme al material probatorio existente en el libelo tutelar, se advierte la continuidad en la prestación de servicios por parte de SALUD TOTAL EPS, pues no existe ninguna cita u orden sin autorizar, siendo que dicha entidad, en garantía de la especial protección de que gozan los accionantes, por ser personas pertenecientes a la tercera edad, realizó llamada telefónica el día 23 de diciembre del año en curso para conocer si los accionantes necesitaban de alguna atención en especial, solicitando ambos cita por medicina general, siendo agendada de manera automática para el día 6 de enero del 2022, con lo cual, demuestra una vez mas la entidad promotora de salud la no vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se reclama por los accionantes.

En dicho sentido, al no presentarse omisión por parte de EPS SALUD TOTAL frente a la movilidad y la atención en salud hacia ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENES BELTRAN, no es posible determinar responsabilidad alguna sobre la entidad accionada, mas aun, cuando aporta en su contestación pruebas con las cuales fundan un actuar responsable y continuo en la prestación de servicios de salud a los aquí accionantes, por ello, mal haría el despacho en acceder a la presente acción de tutela sin

SENTENCIA DE TUTELA

Radicado 2021-0158-00

Accionante: ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENEZ BELTRAN

Accionado: SALUD TOTAL EPS

existir vulneración de los derechos incoados, pues es necesario observar y probar vulneración o peligro inminente para salvar los derechos fundamentales.

Recapitulando, el Despacho arriba a la conclusión de que los derechos fundamentales que alega conculcados ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENES BELTRAN, no han sido vulnerados por SALUD TOTAL EPS como quiera que según se estableció la entidad accionada ha garantizado hasta el momento la realización de todos los servicios de salud ordenados y la atención prioritaria, continua y oportuna que en su deber deben brindar a los usuarios de salud, habiéndoles dado movilidad al régimen contributivo con estado de emergencia, en virtud del cual se les está prestando los servicios de salud requeridos.

Finalmente, se desvinculará de la presente acción a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER pues no se aprecia de su parte vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la tutela instaurada por ESPERANZA URIBE ARDILA Y EDUARDO JIMENES BELTRAN, en contra de SALUD TOTAL EPS, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Desvincular de la presente acción a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE SANTANDER, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Dispóngase la notificación de este fallo a las partes interesadas, en forma inmediata y por el medio más expedito, informándosele igualmente que cuentan con tres (3) días hábiles para presentar recurso de Impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, y de no ser impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,



ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ