



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Villavicencio, Seis (06) de Octubre de dos mil quince (2015)

Radicación: 500014023001-2015-01005-00
Clase: Tutela de 1ª instancia
Accionante: GERMAN HERNANDEZ MADRIGAL
Accionado: SALUD TOTAL EPS

1. Antecedentes

El señor **GERMAN HERNANDEZ MADRIGAL**, en representación del menor **FABIAN ANDRES HERNANDEZ MADRIGAL**, acude a la jurisdicción en acción constitucional de tutela presentada el 22 de septiembre del corriente, la que fuera inadmitida y una vez subsanada se procedió a avocar su trámite el día 25 de septiembre de dos mil quince (2015), y tiene por objeto, la siguiente:

1.1. Declaración

“1. Primera.- Amparar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas en concordancia con la seguridad social en salud, al menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL.

2. Segunda.- Como consecuencia del anterior amparo, ordenar a la E.P.S. SALUD TOTAL, que en el término de las cuarenta y ocho siguientes a la notificación de este fallo, proceda a filiar al menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL, al sistema de seguridad social en salud, como dependiente del señor GERMAN HERNANDEZ MADRIGAL.

3. Tercera.- Advertir a la E.P.S SALUD TOTAL, de las consecuencias jurídicas que le acarrea el desacato de este fallo.”

u

Lo anterior, teniendo en cuenta los siguientes;



1.2 Hechos:

1. *“Conforme acta suscrita ante autoridad competente, asumí junto con mi esposa la custodia y cuidado personal del menor por quien acciono.*
2. *Dicha custodia nos hace responsable de garantizar al menor, todos sus derechos fundamentales como resulta el de su vida en condiciones dignas en concordancia con la seguridad social en salud.*
3. *Soy afiliado a la E.P.S SALUD TOTAL en salud, en la condición de tal, solicite la afiliación del menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL, la cual me fue negada verbalmente por los representantes de la E.P.S.*
4. *Conforme a lo anterior, nos vimos obligados a utilizar este medio, como mecanismo judicial para buscar el amparo requerido para la protección de los derechos fundamentales reclamados por el menor”*

1.3 Derechos considerados como vulnerados

Invoca el derecho a la VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, ENCONCORDANCIA CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

1.4. Tramite de la Instancia



Se admite la acción con providencia de fecha 25 de septiembre de 2015, sin que se advierta la necesidad de vinculaciones, por tanto, no existe causal de nulidad alguna.

1.5. **Notificaciones**

El accionado **E.P.S SALUD TOTAL.**, fue notificado mediante oficio 2730 el 28 de septiembre de 2015, por medio de funcionario judicial de forma personal. (Folio 18).

El accionante **GERMAN HERNANDEZ MADRIGAL**, al número telefónico indicado en la acción de tutela 3107161181, tal como se visualiza en constancia folio 17.

2. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA SALUD TOTAL E.P.S.

JANETH MALDONADO AREVALO, Informo al despacho que, para proceder a la inclusión del usuario menor **FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL**, en el grupo familiar en calidad de hijo adoptado es necesario allegar;

1. Sentencia de adopción.
2. Acta de entrega del menor que se encuentre en proceso de adopción el cual es expedido por el ICBF o de algunas de las casas de adopción.

↗



3. Orden de defensor de familia o disposición del ICBF de incluir a un menor.

Sin embargo, al validar soportes en contacto No. 09281527848 no corresponden a los soportes antes mencionados, el accionante simplemente aporta registro civil de nacimiento del menor.

Por otra parte, el cotizante puede realizar la inclusión del menor en el grupo familiar en calidad de upc adicional, por lo tanto solicitan se deniegue la tutela por improcedente.

3. PRUEBAS

En el expediente se encuentran las siguientes pruebas documentales:

1. El documento que da cuenta de la custodia y cuidado personal del menor a cargo del suscrito y su esposa.
2. Copia del documento de identidad del menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL.
3. Documento que da cuenta de la afiliación del suscrito a la E.P.S SALUD TOTAL.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

El Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio en desarrollo de las facultades conferidas por la Constitución Política de Colombia y el Decreto 1382 de 2000, es competente para resolver la acción de tutela que nos ocupa, atendiendo a la calidad del accionado.



4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si ¿Vulneró la EPS accionada los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud del menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ MADRIGAL, al negarle la afiliación a la EPS como beneficiario de su tío paterno, por no hacer parte de su núcleo familiar, a pesar de que éste tenía la custodia del menor?

4.3. TESIS PARA RESOLVER EL PROBLEMA

Estudiará el despacho la posibilidad legal de acceder a la vinculación del menor cuando este no está directamente ligado al núcleo familiar como es del caso, y es que es muy bien sabido que el derecho a la salud de los niños, tiene prevalencia sobre los de los demás, al ser considerados el futuro de nuestra nación, y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por otra parte, y como se indicara a través de la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, si bien el menor no puede ser incluido como beneficiario de su tío paterno, dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, pues de acuerdo a la normatividad que rige la materia, está excluido de la cobertura familiar del actor, empero, *“la exclusión de un determinado régimen de seguridad social, por ejemplo el contributivo, de ninguna manera puede significar la exclusión de todo el sistema de seguridad social: proceder en sentido contrario conllevaría la negación misma de este derecho. Finalmente, para la Corte no cabe duda que ante la exclusión de la menor como beneficiaria del régimen contributivo, es necesario encontrar alternativas que aseguren su vinculación dentro del sistema”*. Y es precisamente este punto el que se centrará en estudiar este Juzgado.



4.4. ARGUMENTOS

En la sentencia T-0503 de 2009¹ se resuelven de fondo estos interrogantes:

4. La cobertura familiar en el régimen contributivo de seguridad social

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por las personas afiliadas al régimen contributivo, al régimen subsidiado y las personas vinculadas al sistema.² El primero de ellos vincula tanto a la persona cotizante como a su núcleo familiar, mediante el pago de un aporte individual o familiar, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador.³ El régimen subsidiado vincula a las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, por lo que cubre a la población más pobre y vulnerable del país,⁴ mientras que los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.⁵

Ahora bien, con base en el principio de universalidad que rige el sistema de salud, en el régimen contributivo la atención se extiende no sólo al afiliado sino también a ciertas personas que integran el núcleo familiar. Así, de acuerdo al artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 806 de 1998, el grupo familiar del afiliado está constituido por el cónyuge o

¹ Sentencia T-0503 de 2009 (MP María Victoria Calle), Corte Constitucional.

² Ver artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

³ Ver artículo 202 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

⁴ Ver artículo 211 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

⁵ Ver literal B del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.



compañero o compañera permanente, los hijos menores de 18 años, los hijos menores de 25 años que estudien y dependan económicamente del afiliado; y los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente. Sin embargo, los nietos de un cotizante no están incluidos dentro de la cobertura familiar, aun cuando eventualmente tienen la posibilidad de ingresar previo el aporte adicional denominado unidad de pago por capitación (UPC).

5. Caso Concreto

En el presente caso tenemos que la EPS Saludcoop le negó al actor la afiliación de su nieta como beneficiaria de su núcleo familiar, razón por la cual interpuso la presente acción de tutela, sin embargo, el juez de instancia negó sus pretensiones.

Antes de entrar a analizar el presente asunto, es importante mencionar que la Corte se ha pronunciado en casos similares, en donde la entidad encargada de prestar los servicios de salud se niega a afiliar al nieto del afiliado cotizante. Así por ejemplo, en sentencias T-907 de 2004 y T-615 de 2007 la Corte analizó dos casos en donde los accionante se encontraba afiliados a regímenes especiales de salud (Régimen de salud de las Fuerzas Militares y del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) y les fue negada la afiliación del nieto como beneficiario del núcleo familiar, a pesar de que en ambos casos los actores tenía la custodia de los menores. La Corte concedió las tutelas y ordenó la afiliación de los menores al respectivo régimen de salud. Para estos casos, la Corte asimiló a los abuelos como los padres del menor, debido a que tenían la custodia y siempre habían convivido con aquél. La Corte precisó que la decisión se adoptaba en atención a las especificidades de los casos bajo estudio, a saber: (i) los menores habían vivido con sus abuelos (accionantes en las tutelas), desde que eran bebés y en forma ininterrumpida;



(ii) en el acta en el que el ICBF otorgó la custodia de los menores, se les impuso expresamente a los peticionarios el deber de proveer por la salud de los menores; y (iii) en estos casos no existía, dentro del régimen especial al cual estaban afiliados los peticionarios, un régimen alternativo al cual pudiera afiliarse a los menores.

En sentencia T-613 de 2007, la Corte analizó un problema jurídico semejante al planteado en los dos casos anteriores, sin embargo, en el presente caso, se ordenó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio afiliar a la nieta del actor en calidad de cotizante dependiente, es decir, pagando una UPC adicional, pues se concluyó que la abuela no cumplía un rol materno que justificara que la menor fuera incluida directamente como su beneficiaria, a pesar de tener la custodia. En consecuencia, la Corte asimiló las normas que regían la afiliación de los cotizantes dependientes del régimen contributivo al régimen especial del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, mediante sentencia T-939 de 2001⁶ esta Corporación analizó un problema jurídico similar al que ocupa a la Sala, en donde la EPS accionada, perteneciente al régimen contributivo, se negó a afiliar la nieta de la actora como beneficiaria de su grupo familiar. En esta oportunidad, la Corte ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que “aplique la encuesta SISBEN a la menor Yeimy Johanna Romero Parrado y a su familia, incluya la información dentro de la base de datos de ese sistema y, de acuerdo con el resultado obtenido, determine si tienen derecho a beneficiarse del régimen subsidiado de salud,

⁶ En este caso, la accionante se encontraba afiliada al régimen contributivo a través del ISS y tenía la custodia de su nieta, Yeimy Johanna Romero Parrado. El ISS se negaba a afiliar a su nieta como beneficiaria de su grupo familiar, por lo que la accionante solicitaba se asimilara a su nieta como su hija adoptiva y en consecuencia se permitiera la afiliación. La Corte negó la pretensión de considerar a la nieta de la accionante como su hija adoptiva, pues la figura de la custodia y la adopción eran totalmente diferentes. Sin embargo, en procura de garantizar el derecho a la salud de la menor, se ordenó al SISBEN realizar la respectiva encuesta a la menor y su familia y determinar si podía ser beneficiaria del régimen subsidiado.



todo lo cual no puede superar el término de dos (2) meses”. La Corporación sostuvo que la menor no podía ser incluida como beneficiaria de su abuela dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, pues de acuerdo a la normatividad que rige la materia, estaba excluida de la cobertura familiar de la actora, empero, “la exclusión de un determinado régimen de seguridad social, por ejemplo el contributivo, de ninguna manera puede significar la exclusión de todo el sistema de seguridad social: proceder en sentido contrario conllevaría la negación misma de este derecho. Finalmente, para la Corte no cabe duda que ante la exclusión de la menor como beneficiaria del régimen contributivo, es necesario encontrar alternativas que aseguren su vinculación dentro del sistema. ¿Cuáles son, entonces, dichas alternativas?

“Pues bien, el régimen de subsidiado, que está dirigido a financiar la atención en salud de las personas pobres y sin capacidad de cotizar al sistema, se constituye en el mecanismo apropiado para asegurar los derechos invocados. De esta manera, corresponde al Sistema de Selección de Beneficiarios - SISBEN- materializar la función solidaria del Estado”.

Así las cosas, encuentra esta Sala que el precedente esbozado en la sentencia T-939 de 2001 es plenamente aplicable a este caso, pues se trata también de la inclusión como beneficiaria de la nieta del accionante, quien pertenece al régimen contributivo del sistema de salud, y no a un régimen especial, como se analizó en las sentencias T-907 de 2004, T-613 de 2007 y T-615 de 2007.

Con el fin de determinar si la menor Yulitza Tatiana Pinzón Carvajal ya se encontraba afiliada al régimen subsidiado, se solicitó al SISEBN, mediante Auto del 10 de julio de 2009,



informar si la menor se encontraba afiliada al régimen subsidiado. Mediante oficio del 15 de julio de 2009⁷ el Coordinador del Grupo de Asuntos Judiciales del Departamento Nacional de Planeación dio respuesta al Auto de la referencia, y precisó que la menor Pinzón Carvajal se encontraba incluida en el SISBEN nivel 1 desde el 7 de junio de 2008.

En consecuencia, debido a que la nieta del accionante, Yulitza Tatiana Pinzón Carvajal, se encuentra afiliada al régimen subsidiado en donde se le prestan los respectivos servicios de salud, esta Sala procederá a confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga el 20 de marzo de 2009, mediante el cual se negó la presente tutela.

5. CASO CONCRETO:

En este asunto resulta relevante establecer que no nos encontramos frente a regímenes especiales como lo son las fuerzas militares ni el magisterio y del material probatorio se desprende que el menor FABIAN ANDRES HERNANDEZ SABOGAL, con TI 1005716724 registra en base de datos única de afiliación al sistema general de salud (Bdua) en estado activo para la entidad COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA-COMPARTA del régimen SUBSIDIADO, por lo tanto el estado está cumpliendo con sus funciones garantistas y no es procedente amparar el derecho deprecado.

Ahora si en virtud del Decreto 2400 de 2002, desea incluirlo en su grupo familiar, podrá pagar el aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante

⁷ Folio 17 del cuaderno I del expediente.

✓



deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia de la UPC correspondiente.

Debe tenerse en cuenta, que lo acreditado es la dependencia económica de un familiar, lo que la norma contemplo para afiliación al sistema de salud, con un pago adicional, diferente fuera que mediara la adopción, sin embargo, la custodia, que tiende para el cuidado del menor, no tiene los mismo efectos que la figura antes señalada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Villavicencio, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

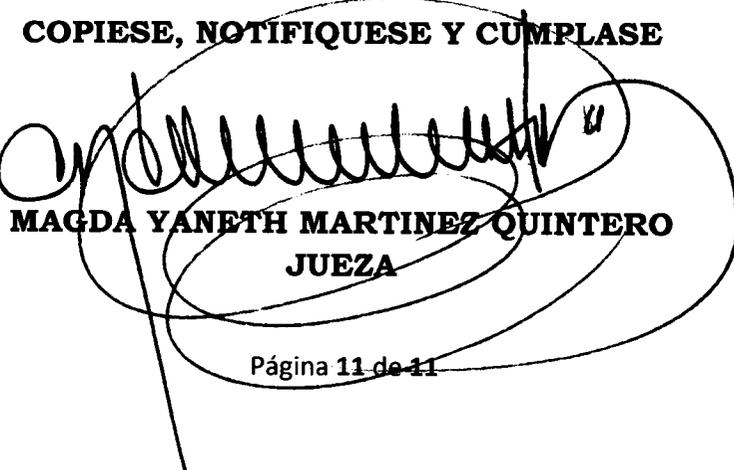
RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR la tutela interpuesta por el señor **GERMAN HERNANDEZ MADRIGAL** contra **SALUD TOTAL E.P.S**, al considerar que la entidad actuó bajo la legalidad establecida en el Decreto 1889 de 1994 y 2400 de 2002.

SEGUNDO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado dentro del término legal, envíese lo actuado para ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MAGDA YANETH MARTINEZ QUINTERO
JUEZA

