

Sentencia T-1012/07

DERECHO DE COMPAÑERA PERMANENTE A SER AFILIADA COMO BENEFICIARIA-Sentencia C-521/07 declaró inexecutable expresión de art. 163 de la ley 100/93

DERECHO DE COMPAÑERA PERMANENTE A SER AFILIADA COMO BENEFICIARIA-Tiempo de convivencia no tiene que ser superior a dos años

Referencia: expediente T-1675471

Acción de tutela instaurada por Claudia Lorena Posso Aguirre contra COMFENALCO E.P.S. - Seccional Valle del Cauca-.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, dentro de la acción de tutela instaurada por Claudia Lorena Posso Aguirre contra COMFENALCO E.P.S. -Seccional Valle del Cauca-.

I. ANTECEDENTES

La accionante presentó demanda de tutela contra COMFENALCO E.P.S., por considerar que esta entidad había vulnerado sus derechos a la salud y a la vida, como también los derechos fundamentales del hijo que estaba por nacer.

1. Hechos:

1. De acuerdo con el acta de declaración extraproceso suscrita el 7 de marzo de 2007 ante la notaría 20 de Cali, la accionante convive en unión marital de hecho con Fabio Nelson Vaquero Ospina. Ante la notaría afirmó que su relación como compañeros permanentes había comenzado 17 meses atrás y que se encontraba en el séptimo mes de gestación.

1. El 8 de marzo de 2007 presentó demanda de amparo contra COMFENALCO E.P.S. - Seccional Valle del Cauca-, solicitando al juez de tutela que ordenara a esta entidad que la admitiera como beneficiaria de su compañero permanente Fabio Nelson Vaquero Ospina, quien se encuentra afiliado a COMFENALCO E.P.S. como cotizante desde el 21 de julio de 2005.

1. Como consecuencia de la afiliación, la accionante reclamó atención médica y hospitalaria, debido a su estado de embarazo. Aclara que cuando su compañero se vinculó a la E.P.S. en calidad de cotizante, no convivía con ella y que su unión marital se presentó posteriormente, pero no precisó la fecha.

4. Afirma que COMFENALCO E.P.S. se ha negado a inscribirla como beneficiaria de su compañero, debiendo acudir a médicos particulares para llevar a cabo los controles prenatales.

2. Intervenciones

COMFENALCO E.P.S. -Seccional Valle del Cauca-.

La Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO E.P.S.-, intervino mediante apoderado judicial y explicó que el señor Fabio Nelson Vaquero Ospina está afiliado como cotizante desde el mes de julio de 2005, pero que al momento de la afiliación manifestó que era soltero; precisó que en el mes de noviembre de 2006 solicitó la inclusión de la señora Claudia

Lorena Posso Aguirre como beneficiaria por tratarse de su compañera permanente.

La solicitud de afiliación como beneficiaria fue negada, pues el señor Fabio Nelson Vaquero Ospina no demostró que la accionante convivía con él de manera permanente. Además, COMFENALCO E.P.S. negó la afiliación como beneficiaria a la señora Posso Aguirre, teniendo en cuenta que el artículo 163 de la ley 100 de 1993 y el literal b) del artículo 34 del Decreto 806 de 1998, establecían que la cobertura familiar comprendía al compañero o compañera permanente, siempre y cuando la unión fuera superior a dos (2) años.

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

El Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, mediante providencia del 26 de marzo de 2007, resolvió negar el amparo solicitado por el señora Claudia Lorena Posso Aguirre, por cuanto el artículo 163 de la ley 100 de 1993, aplicable a la cobertura familiar, establecía que podría ser afiliado como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud el compañero o compañera permanente, siempre y cuando hubiera convivido con el cotizante durante un mínimo de dos (2) años.

Después de analizar las pruebas y las declaraciones de la accionante, el Despacho concluyó que ella sí convivía con Fabio Nelson Vaquero Ospina, pero que su relación como compañeros permanentes era menor a los dos (2) años requeridos legalmente para lograr la afiliación que reclamaba.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión adoptada en el presente caso, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

2. Problema jurídico objeto de estudio

La Sala se pronunciará sobre el régimen de cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud, para determinar si la accionante puede ser vinculada al POS como beneficiaria de su compañero permanente, aún cuando hayan convivido durante un lapso inferior a dos (2)

años.

3. Protección integral a la familia

3.1. Constitucionalmente la familia es considerada como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42) y ha sido definida por la Corte como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”.¹ En concordancia con esta definición, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

3.2. El marco constitucional de protección para la familia ha sido fijado por la Corte en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”².

4. Análisis del presente caso

Como pruebas relevantes aparecen en el expediente las siguientes:

- * Fotocopia del carné de afiliación como cotizante a la EPS COMFENALCO del señor Fabio Nelson Vaquero Ospina (Fl. 2);

- * Fotocopia del acta de declaración extraproceso suscrita el 7 de marzo de 2007 ante la Notaría Veinte del Círculo de Cali, en la cual se deja constancia que Fabio Nelson Vaquero Ospina y Claudia Lorena Posso Aguirre convivían desde hacía 17 meses en unión marital de hecho (Fl. 4);

- * Certificación expedida el 27 de septiembre de 2007 por COMFENALCO –Valle del Cauca-, según la cual el cotizante Fabio Nelson Vaquero Ospina actualmente tiene afiliados como beneficiarios a sus padres (Fl. 9 cuaderno de revisión).

4.2. Régimen de cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud

Actualmente el régimen de cobertura familiar en el POS se encuentra consagrado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993. Su texto es el siguiente:

“La cobertura familiar. El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años³; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

PARAGRAFO. 1º- El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su

incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARAGRAFO. 2º- Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley”.

4.3. Esta disposición regula la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud POS y desarrolla los preceptos superiores que garantizan la protección integral de la familia, imponiendo al sistema de seguridad social en salud el deber de cobertura para la pareja conformada por los cónyuges, como también para la pareja integrada por compañeros permanentes, salvo que en éste último caso el legislador excluía temporalmente de la condición de beneficiario al compañero (a) permanente cuando la unión era inferior a 2 años.

Después de ser declarada inexecutable la expresión que impedía vincular como beneficiario del POS al compañero (a) permanente cuya unión fuera inferior a dos (2) años, las entidades que integran el sistema de seguridad social en salud están obligadas a afiliar al compañero (a) permanente como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud, en las mismas condiciones que el cónyuge, atendiendo a la solicitud que presente el afiliado.

4.4. La imposibilidad jurídica de vincular como beneficiario del POS al compañero (a) permanente cuya unión fuere inferior a dos (2) años, desconocía preceptos superiores, pues como lo expresó la Corte:

“(…) la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para

otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años.”⁴

4.5. Además, el Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, establece:

“ARTICULO 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.

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

ARTICULO 35. INSCRIPCION DEL GRUPO FAMILIAR. Los afiliados deberán inscribir ante la Entidad Promotora de Salud -EPS., a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar según lo dispuesto en el artículo anterior. Esta inscripción se hará mediante el

diligenciamiento del formulado que para el efecto determine la Superintendencia Nacional de Salud. Dicho formulado deberá ser suscrito por el afiliado. El formulario deberá suscribirlo también el empleador cuando se trate de personas con contrato de trabajo o de servidores públicos.

La solicitud de inscripción deberá estar acompañada de una declaración del afiliado que se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste que las personas que conforman su grupo familiar no están afiliadas a otra Entidad Promotora de Salud -EPS y que ninguna de ellas por su nivel de ingresos debe estar afiliada como cotizante.

PARAGRAFO. El formulario y los anexos a que se refiere el presente artículo podrán ser destruidos después de un año contado a partir del momento de su recepción por la EPS, siempre y cuando los conserve por cualquier medio técnico que garantice la reproducción exacta de documentos, tales como la microfilmación, la micografía y los discos ópticos. El mismo procedimiento podrá seguirse con el formulario y documento de autoliquidación.

4.6. De otra parte, sobre la cobertura familiar en el POS el Decreto 1703 de 2002, por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece:

“Artículo 3o. Afiliación del Grupo Familiar. A partir de la vigencia del presente decreto, la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acreditan las condiciones legales de todos los miembros del núcleo familiar, así:

1. Para acreditar la calidad de cónyuge, el registro del matrimonio.
2. Para acreditar la calidad de compañero permanente, declaración juramentada del cotizante y compañero o compañera en la que se manifieste que la convivencia es igual o superior a dos años. En este evento la sustitución por un nuevo compañero con derecho a ser inscrito, exigirá el cumplimiento del término antes indicado.
3. Para acreditar la calidad de hijos o padres, o la de parientes hasta tercer grado de consanguinidad, los registros civiles en donde conste el parentesco.

4. Para acreditar la calidad de estudiante, certificación del establecimiento educativo, en donde conste edad, escolaridad, período y dedicación académica.

5. La incapacidad permanente de los hijos mayores de 18 años según lo establecido en los términos del Decreto 2463 de 2001.

6. La dependencia económica con declaración juramentada rendida personalmente por el cotizante, en la que conste el hecho.

Para todos los efectos, la entrega de tales documentos es suficiente para acreditar la condición de beneficiario de acuerdo con las normas legales; lo anterior sin perjuicio de que las entidades promotoras de salud, EPS, o demás entidades obligadas a compensar, EOC, realicen las auditorías correspondientes, los cruces de información o que requieran al afiliado cotizante o empleador, según el caso, para que presente la documentación complementaria que acredite en debida forma tal condición, de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo para ser inscrito como beneficiario.

Artículo 4o. Obligación de los afiliados. Además de la obligación de suministrar los soportes que acreditan la calidad de beneficiario de su grupo familiar cuando les sea requerida, es responsabilidad del afiliado cotizante reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar y que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario, tales como fallecimientos, discapacidad, pérdida de la calidad de estudiante, independencia económica, cumplimiento de la edad máxima legal establecida y demás que puedan afectar la calidad del afiliado beneficiario.

Cuando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación; el cotizante responderá pecuniariamente en todo caso, por el reporte extemporáneo de las novedades correspondientes de su grupo familiar, debiendo reembolsar los gastos en que incurrió el Sistema durante el periodo en que el beneficiario carecía del derecho. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades en cabeza del afiliado cotizante, la entidad promotora de salud, EPS, el empleador o la entidad pagadora de pensiones, cuando a ello hubiere lugar.

4.7. En el presente caso, el afiliado cotizante, señor Fabio Nelsón Vaquero Ospina, deberá acudir ante la EPS COMFENALCO -Seccional Valle del Cauca-, para informar sobre las novedades que se han presentado en la conformación de su grupo familiar, solicitar la inscripción de su compañera permanente y de su hijo, quienes ingresarán como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud. De esta manera, los padres del afiliado cotizante serán considerados como miembros adicionales del grupo familiar y podrán mantener su condición de beneficiarios del POS, siempre y cuando el señor Fabio Nelson Vaquero Ospina cancele las Unidades de Pago por Capitación, en los términos previstos en los artículos 40 del Decreto 806 de 1998 y 7º. del Decreto 1703 de 2002. Estas normas prevén:

“Decreto 806 de 1998:

(...)

ARTICULO 40. OTROS MIEMBROS DEPENDIENTES. Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un 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 deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

PARAGRAFO. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades”.

“Decreto 1703 de 2002

(...)

Artículo 7o. Modificado Decreto 2400 de 2002, Art. 1o.

Afiliación de miembros adicionales del grupo familiar. A partir de la vigencia del presente decreto, los cotizantes dependientes de que trata el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, sólo podrán ser inscritos o continuar como afiliados adicionales, siempre que el cotizante cancele directamente y en forma mensual anticipada a la Entidad Promotora de Salud, un aporte equivalente en términos de las Unidades de Pago por Capitalización definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con la siguiente tabla:

Grupos etarios	Número de UPC a pagar
Menores de 1 año	1.00
De 1 a 4 años	1.00
De 5 a 14 años	1.00
De 15 a 44 años (Hombres)	3.00
De 15 a 44 años (Mujeres)	2.02
De 45 a 59 años	1.85
Mayores de 60 años	1.00

El afiliado cotizante respecto de los cotizantes dependientes será responsable del pago del valor de la UPC mensual definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para la financiación de las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y de un valor destinado a la Subcuenta de Solidaridad. Este último equivaldrá al 10% de la sumatoria del valor de estas UPC.

La entidad promotora de salud, EPS, apropiará el valor de una UPC correspondiente al grupo etéreo del afiliado adicional y la UPC correspondiente a las actividades de promoción y prevención y girará a la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga el aporte de solidaridad y cuando se reciban sumas superiores a la UPC del afiliado cotizante, el valor restante se girará a la Subcuenta de Compensación del Fosyga a través del proceso de compensación.

El presente artículo solo aplicará a partir del mes siguiente contado a partir de la expedición del presente decreto.

Parágrafo. Las personas actualmente inscritas como cotizantes-dependientes que no continúen afiliadas en las condiciones previstas en este artículo, quedan liberadas del cumplimiento de las garantías establecidas en el numeral 10 del artículo 2o del DECRETO 47 de 2000, modificado por el artículo 9o del Decreto 783 de 2000. Para el efecto deberán reportar la novedad a la entidad promotora de salud, EPS”.

4.8. Para la Sala, la sentencia proferida el 26 de marzo de 2007 por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, mediante la cual fue negado el amparo solicitado por la señora Claudia Lorena Posso Aguirre, deberá ser revocada, teniendo en cuenta que mediante la sentencia C-521 del 11 de julio de 2007, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que impedía vincular como beneficiario al compañero (a) permanente cuando la unión fuera inferior a este período.

Además, la Sala ordenará a COMFENALCO E.P.S. –Seccional Valle del Cauca-, que inscriba a la señora Claudia Lorena Posso Aguirre y a su hijo como beneficiarios de su compañero permanente, señor Fabio Nelson Vaquero Ospina, siempre y cuando éste solicite la respectiva inscripción.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala Novena de Revisión

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el veintiséis de marzo de 2007 por el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Cali, mediante la cual fue negada la tutela solicitada por la señora Claudia Lorena Posso Aguirre.

Segundo. TUTELAR los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud; en consecuencia SE ORDENA a COMFENALCO E.P.S. –Seccional Valle del Cauca-, proceder, previa solicitud del afiliado cotizante, a la inscripción de la señora Claudia Lorena Posso Aguirre y de su hijo como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, teniendo en cuenta su condición de compañera permanente del señor Fabio Nelson Vaquero Ospina.

Tercero. LÍBRENSE por Secretaria General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 La expresión “cuya unión sea superior a 2 años”, fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.