

Sentencia T-350/01

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversias sobre afiliación de menor a EPS

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-379651

Accionante: Leonor Torres Zorrilla.

Demandado: Comfenalco E.P.S Valle.

Tema: Negativa a afiliar menor de edad por mora en el pago.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., treinta de marzo (30) de dos mil uno (2001)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T- 379.651, instaurado

por Leonor Torres Zorrilla, en contra de Comfenalco E.P.S. Valle.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La actora, mediante escrito de Mayo 26 de 2000, interpuso acción de tutela, en representación de su hija menor, en contra de Comfenalco E.P.S Valle, por cuanto considera vulnerados los derechos a la salud y a la seguridad social y al debido proceso. En consecuencia solicita se reactiven los servicios de salud a la menor, sin pérdida de la antigüedad de las semanas cotizadas.

2. Los hechos

2.1 La demandante manifiesta ser madre soltera, no contar con empleo y carecer de recursos económicos, razón por la cual su hija menor Maira del Mar Torres, fue afiliada por su tío José Ricardo Torres C. a Comfenalco E.P.S. Valle, como miembro adicional, el 18 de enero de 1996.

2.2 A partir del mes de febrero de 1999, el Señor José Ricardo Torres por encontrarse en una difícil situación económica, cesa el pago de los aportes a la E.P.S., razón por la cual el Departamento de Afiliación y Aportes de dicha entidad, procedió a suspender los servicios de salud y luego a cancelar la afiliación de la menor automáticamente, por la morosidad que presentó por más de seis meses continuos.

2.3 El siete (7) de diciembre de 1999, el señor Torres Calderón dirigió una comunicación a Comfenalco de Valle E.P.S, con el fin de solicitar se permitiera seguir cotizando para la seguridad social de la menor sin perder la continuidad de las semanas cotizadas e igualmente manifestó su intención de cancelar los valores adeudados.

2.4 El Departamento de Afiliación y Aportes de la entidad mencionada, en comunicación de fecha 14 de diciembre de 1999, le informó al señor Torres, que en vista que la menor figuraba como retirada, debía tramitar un nuevo formulario de inscripción, presentar declaración juramentada, cuestionario de estado de salud, documento de identidad y

garantizar el pago correspondiente a doce meses de la UPC respectiva.

2.5 Mediante correspondencia de fecha marzo 24 de 2000, el señor Torres Calderón, adjuntó la documentación requerida para afiliarse a la menor Maira del Mar Torres.

2.6 El Departamento de Afiliación y Aportes de la E.P.S citada, el ocho (8) de mayo del mismo año le comunicó que según el Decreto 047/2000 artículo 2 numeral 8 y cuya vigencia se inicia el 7 de febrero del mismo año, no podría incluir como afiliada a la menor por haber estado afiliada durante los tres (3) años anteriores y no presentar pagos continuos y que de acuerdo con el artículo 64 literal f del Decreto 806 de 1998, la menor perdía la antigüedad.

3. Fundamento de la acción

La peticionaria fundamenta su pretensión en las siguientes consideraciones, expresadas en la solicitud original y complementadas en el escrito de impugnación.

3.1 La actuación de Comfenalco E.P.S Valle, viola el derecho fundamental a la salud y seguridad social de su hija menor, porque aplica disposiciones legales que están por debajo de la Constitución Política y coloca en riesgo los derechos fundamentales de una menor de edad (la niña tiene 7 años).

3.2 Comfenalco con su decisión violó el derecho fundamental al debido proceso y desconoció el principio de legalidad, al aplicar el Decreto 047 del 2000, el cual no estaba vigente para la época en que se incurrió en mora. Se sabe que toda ley rige hacia el futuro y nadie puede ser procesado o condenado sino conforme a las leyes existentes al momento de la incursión en la conducta que se sanciona.

3.3 Se le debe dar aplicación al Artículo 44 de la C.P que dice: " Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social..." e inaplicar el decreto 047 de 2000, por ser contrario a dicha norma superior.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia de junio catorce

(14) de 2000 concedió la tutela del derecho a la salud y a la seguridad social, denegándola respecto del derecho al debido proceso, con base en las siguientes consideraciones:

1.1 A la accionante no le asiste legitimidad para alegar en nombre del señor Torres Calderón vulneración al debido proceso, al considerar que le fue aplicada una norma posterior a la época en que incurrió en mora, pues ella no es la titular del derecho conculcado que alega, ni se demuestra que éste no se encontraba en condiciones de ejercer su propia defensa.

1.2 “ (...) cuando los organismos públicos y privados tienen a su cargo la seguridad social de las personas, su función se torna aún más delicada e importante en la medida en que están de por medio la salud y la vida de los niños, aumentando de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución, pues no podemos pasar por alto que el Estado Social de Derecho, es un Estado al servicio de la persona y de la dignidad humana, cuya existencia se justifica en la medida del cumplimiento de los derechos fundamentales”

2. En segunda instancia conoció el Tribunal Superior Distrito Judicial de Cali, quien mediante sentencia de julio 28 de 2000, decidió no conceder la tutela impetrada por la señora Torres Zorrilla, con base en las siguientes consideraciones:

2.1 La entidad demandada, no vulnera ningún derecho al no recibir como beneficiaria adicional a la menor mencionada, pues la omisión provino del señor Torres Calderón, al no cancelar por más de seis meses, las cuotas a las que se había comprometido con la E.P.S. para tener acceso al P.O.S.

2.2 “ (...) como se trata de un derecho a la salud, al que todos tenemos derecho, como habitantes del territorio nacional, y en este caso se trata de una menor de edad, es el propio Estado el que debe garantizar el acceso a ella, y no ordenar a una E.P.S., quien solamente está cumpliendo con los fines encomendados de acuerdo a las normas que rigen su funcionamiento, pues de emitir órdenes contrarias se estaría poniendo en peligro el sistema, por el cual debe propenderse su estabilidad. Luego entonces, debe procurarse afiliar a la menor al sistema de seguridad social en salud, ya sea mediante el régimen subsidiado, ora como miembro adicional de otro familiar”.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1 Legitimación activa.

La solicitante es persona natural que actúa en nombre de su hija menor en ejercicio de la representación legal (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991).

2.2 Legitimación pasiva.

La acción se interpuso frente a la actuación de Comfenalco E.P.S. Valle, entidad particular, encargada de la prestación de un servicio público (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

2.3 Derechos Constitucionales violados o amenazados.

La peticionaria solicita la protección de los derechos constitucionales a la salud, seguridad social y al debido proceso de su hija menor de edad.

La Corte Constitucional ha considerado que tratándose de menores los derechos a la seguridad social y a la salud, tienen el carácter de fundamentales y que para protegerlos procede la acción de tutela, sin que se requiera acreditar un nexo necesario con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida.

En este sentido, en sentencia T-165/95 (M.P. Vladimiro Naranjo M.), la Corte expresó:

“La seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter

fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”¹

En el mismo sentido, se pronunció en la Sentencia T-286 de 1.998.

2.4. Existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales.

Como la acción de tutela procede cuando no existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Sala procederá a apreciar en concreto los mecanismos que existen en el asunto en estudio.

En este caso la actora, para la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de su hija menor de edad, puede acudir a la acción ordinaria ante la jurisdicción laboral.

Efectivamente a partir de la reforma al Código de Procedimiento Laboral (L.362 de 1997 art.1), compete al Juez laboral conocer de los litigios que se presentan entre las entidades públicas y privadas del régimen de seguridad social y sus afiliados. Esta importante modificación le otorga a todos los usuarios una protección a sus derechos, pues no están desamparados ante la posición dominante de estas entidades públicas y privadas, que prestan el servicio público de la seguridad social.

La controversia se desenvuelve en el ámbito de la ley, en la medida en que se orienta a establecer si conforme a la misma, Comfenalco E.P.S Valle tiene la obligación de afiliar a la menor y cuales son las consecuencias de la mora en que incurrió el aportante.

En ésta materia aprecia la Corte que, en principio, Comfenalco E.P.S. Valle, obró con apoyo en la ley que rige su actividad, asunto que precisamente sería objeto de la controversia ante la jurisdicción laboral, para determinar si le resulta atribuible la violación directa de los derechos a la salud y a la seguridad social de la menor, caso en el cual allí los mismos

podrían obtener plena protección. Igualmente es claro que la eventual violación al debido proceso tendría que definirse por esa misma jurisdicción.

Al existir el medio de defensa idóneo y adecuado solo cabe la posibilidad de que se acuda a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto ésta Corporación precisó en la sentencia T-225/93, que para que se pueda predicar que existe un perjuicio irremediable, han de cumplirse los siguientes elementos: Que el perjuicio ha de ser inminente y grave, que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela sea impostergable.

Bajo las anteriores consideraciones la Sala entra a determinar si en el caso presente, se presenta un perjuicio irremediable.

No se aprecia la inminencia de riesgo para la salud de la menor que justifique una medida prudente y oportuna para evitar lo probable. No puede establecerse, sin que se haya alegado por la peticionaria y sin apoyo probatorio, que la salud de la menor se encuentre gravemente afectada y mucho menos que al no ser reintegrada como afiliada a Comfenalco E.P.S. Valle esté peligrando su vida.

Por otra parte la actora cuenta para la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de su hija menor con la posibilidad de solicitar que le sea aplicada la encuesta del SISBEN en su municipio de residencia, y así podrá su hija menor tener acceso a los servicios de atención en salud, como beneficiaria del régimen subsidiado, debido a que este precisamente está instituido para afiliar a las personas que no tienen capacidad de pago para cotizar al régimen contributivo y recibir de ésta forma subsidio total o parcial para completar el valor de Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, según el nivel educativo, composición familiar, situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

No obstante lo anterior la accionante, podrá solicitar de la entidad demandada una nueva afiliación para su hija menor, como beneficiaria o miembro adicional de otra persona diferente al señor Torres Calderón, su compañera permanente o cónyuge siempre y cuando se cumplan los requisitos de ley.

No aprecia la Sala la impostergable necesidad de conceder la presente acción como mecanismo transitorio, porque de ello no resulta un perjuicio irremediable para los derechos a la salud y a la seguridad social de la menor.

Con éstas reflexiones, se puede concluir que no es la tutela el mecanismo al que ha de recurrir la progenitora de la menor, por cuanto analizada la existencia de otros mecanismos para la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de la menor y la no ocurrencia del perjuicio irremediable, el juez de tutela estaría invadiendo, si entra a conocer del fondo del asunto, la órbita de acción de las autoridades judiciales y administrativas, que dentro del ejercicio de sus competencias pueden resolver las pretensiones de la peticionaria.

En este sentido la tutela no es procedente y se ha de revocar la Sentencia proferida por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Cali que la negó pronunciándose sobre el fondo de la pretensión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

Primero: REVOCASE la sentencia proferida el veintiocho (28) de julio de 2000 por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Cali y en su lugar DENIÉGASE por improcedente la tutela impetrada por la señora Leonor Torres Zorrilla.

Segundo: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional, sentencia T-752 de 1998 de mayo 21, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.