

Sentencia T-684/17

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Caso en que accionante solicita afiliación de sus hijos a EPS en régimen subsidiado

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de sus hijos

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Mecanismo que se ejerce ante la Superintendencia de Salud debe analizarse en cada caso, por lo que el juez de tutela no puede declarar la improcedencia de la acción de tutela automáticamente

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Menores de edad deben recibir atención y acceso preferente

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Carácter autónomo e irrenunciable

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Es necesario distinguir el momento en el cual se supera o cesa el supuesto de hecho que motivo la acción de tutela

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Menores de edad ya se encuentran afiliados a EPS en régimen subsidiado

Referencia: Expediente: T-6.286.079

Asunto: Acción de tutela instaurada por Olga Milena Rincón Cardona, en representación de sus hijos menores, contra Famisanar E.P.S. y otra

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá DC, veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, el 22 de junio de 2017, en la acción de tutela instaurada por la señora Olga Milena Rincón en representación de sus dos hijos menores de edad, contra Famisanar E.P.S. y la Secretaría Distrital de Salud.

I. ANTECEDENTES

La señora Olga Milena Rincón en representación de sus dos hijos menores, interpuso acción de tutela contra Famisanar E.P.S. y la Secretaría Distrital de Salud, invocando la protección de su derecho fundamental a la salud, como consecuencia de los obstáculos administrativos que afirma haber encontrado para afiliarlos en el régimen subsidiado a citada E.P.S.

1. Hechos

1.1. La señora Rincón Cardona, quien afirma ser madre cabeza de familia, carecer de un trabajo formal y haber perdido el 75% de su capacidad visual, indica que su hijo de 10 años de edad padece un brote en sus genitales que no ha podido ser diagnosticado y que requiere terapia psicológica según recomendación de la Comisaría de Familia; y su hija de 12 años de edad, tiene una malformación en el oído, respecto de la cual, en la E.P.S. Sura había venido recibiendo un tratamiento y estaba en proceso la realización de una cirugía.

1.2. La accionante afirma estar afiliada a la E.P.S. Famisanar en el régimen subsidiado y que sus dos hijos menores estaban afiliados en la E.P.S. Sura como beneficiarios de su padre, en el régimen contributivo.

1.3. La señora Rincón Cardona señala que en febrero de 2017 su hijo requirió atención médica y en la E.P.S. Sura se negaron a prestarle el servicio de salud, con la justificación de que ya no estaba afiliado a dicha Entidad.

1.4. Como consecuencia de lo anterior, la actora relata que se dirigió a la oficina de Planeación Distrital con el fin de informarse acerca del nivel de Sisbén en que se encontraban sus hijos y así poder afiliarlos al régimen subsidiado. En dicha oficina le señalaron que se encontraban en el nivel 1 de Sisbén y que debía acercarse a Capital Salud E.P.S. o a Unicaja E.P.S. para realizar el trámite que pretendía a favor de los menores.

1.5. En Capital Salud, según comenta, le indicaron que no era posible dar curso a su solicitud debido a que ella estaba afiliada en Famisanar y, por lo tanto, sus hijos menores debían serlo a la misma E.P.S. Posteriormente, se acercó de nuevo a la oficina de la Secretaría Distrital de Planeación, donde le entregaron un documento llamado “Comprobante de derechos”, con el cual, debía volver a Capital Salud para efectuar el trámite.

1.6. Sin embargo, cuenta que al dirigirse nuevamente a Capital Salud le reiteraron que no era posible afiliar a los menores y que ella debía “arrastrar” a sus hijos a la E.P.S. Famisanar, al hacer parte del mismo grupo familiar.

1.7. Por su lado, en la E.P.S. Famisanar le hicieron saber que no era posible hacer la activación en el régimen subsidiado debido a que los menores aún estaban registrados en el régimen contributivo con Sura E.P.S., y, en consecuencia, era ésta última la que debía hacer el trámite.

1.8. A su vez, en Sura E.P.S. le indicaron que la solicitud de retiro solo podía hacerla el cotizante y que, de acuerdo con su base de datos, los menores ya no aparecían relacionados con esta entidad.

2. Fundamentos de la solicitud

2.1. Con fundamento en los anteriores hechos, el 8 de junio de 2017, la señora Olga Milena

Rincón Cardona, en representación de sus dos hijos menores, presentó acción de tutela contra Famisanar E.P.S. y la Secretaría Distrital de Salud, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, como consecuencia de la demora injustificada de las respectivas afiliaciones al régimen subsidiado.

2.2. La actora solicitó: (i) tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de sus hijos menores; y, (ii) ordenar a la E.P.S. Famisanar y a la Secretaría Distrital de Salud, que procedan a afiliar a los menores de edad en el régimen subsidiado, toda vez que cumplen con los requisitos para ello.

3. Contestación de la acción de tutela

3.1. El Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, mediante auto del 13 de junio de 2017, admitió la acción de tutela de la referencia, corrió traslado de la misma a Famisanar E.P.S y a la Secretaría Distrital de Salud, y vinculó a la E.P.S. Sura, con el fin de que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa. Asimismo, ofició a la Superintendencia Nacional de Salud para que se manifestara al respecto. Dichas entidades se pronunciaron como se expone a continuación.

3.2. Secretaría Distrital de Salud. El 15 de junio de 2017, el señor Oswaldo Ramos Arnedo, en calidad de Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, señaló: (i) que la señora Olga Milena Rincón Cardona se encuentra afiliada al régimen subsidiado según la información obrante en la página de consulta del BDUA-FOSYGA y que los menores figuran como beneficiarios retirados del régimen contributivo en la E.P.S. Sura, desde el 1° de diciembre de 2016, con un puntaje de 13.94 en el Sisbén; (ii) que la E.P.S. Famisanar no puede negarse a la inscripción de los menores en el grupo familiar de la madre como sus beneficiarios en el régimen subsidiado, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1.4.3 del Decreto 780 de 2016; y (iii) que los recursos de la Secretaría Distrital de Salud tienen destinación específica para la población pobre no asegurada, lo que no aplica en el caso de los hijos de la demandante, pues cumplen con los requisitos para ser afiliados al régimen subsidiado. De esta manera, solicitó la desvinculación de la Secretaría, con el argumento de que no es la entidad encargada de realizar el trámite solicitado por la accionante.

3.3. E.P.S. Famisanar Ltda. El 16 de junio de 2017, Sergio Andrés Zárate Sanabria, en calidad de apoderado general de la E.P.S. Famisanar, allegó contestación a la acción de tutela, en la

que señaló: (i) que la señora Olga Milena Rincón Cardona se encuentra activa en el régimen subsidiado de la referida E.P.S., desde septiembre de 2014; (ii) que sus dos hijos menores se encuentran registrados como parte de su núcleo familiar y en estado de afiliación cancelado, debido a que fueron trasladados a la E.P.S. Sura en el régimen contributivo; (iii) que la E.P.S. Famisanar no está habilitada para realizar afiliaciones a usuarios que ingresen directamente al régimen subsidiado, conforme al Decreto 3045 de 2013; y (iv) que la actora tiene la posibilidad de acudir a la E.P.S. Sura, a través de su padre, para solicitar la movilidad entre regímenes. En estos términos, argumentó que la E.P.S. actuó conforme al régimen legal vigente, por lo que no hubo ninguna vulneración a los derechos de los menores y, en consecuencia, solicitó que se niegue la acción de tutela elevada en su contra.

3.4. E.P.S. Sura. El señor Reinaldo José Cardona en calidad de representante legal de la E.P.S. Sura, el 16 de junio de 2017 señaló que: (i) los menores de edad se encuentran retirados de dicha E.P.S. en razón a que el cotizante del núcleo familiar se encuentra sin empleador vigente; y, (ii) no hubo por su parte, vulneración de los derechos fundamentales de los menores por lo cual solicitó que, se niegue la tutela elevada.

3.5. Superintendencia Nacional de Salud. Marcela Gómez Martínez, en calidad de asesora del despacho del Superintendente Nacional de Salud, el 20 de junio de 2017 se pronunció respecto de la acción de tutela, señalando que esa oficina carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que la presunta vulneración no deviene de su actuación u omisión por lo que solicitó ser desvinculada del proceso.

4. Sentencia objeto de revisión

4.1. El Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del 22 de junio de 2017, decidió negar por improcedente el amparo solicitado y remitir copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el marco de sus competencias, asumiera el conocimiento del asunto y efectuara el trámite correspondiente.

4.2. El juez de instancia consideró que: (i) la pretensión de la acción de tutela se enmarca en los asuntos de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme al literal d del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, siendo esta la herramienta ordinaria a la cual la actora debió acudir; (ii) no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable, ni la falta de idoneidad de la “vía natural”; y, (iii) no se vislumbró que los menores requirieran ser

atendidos de urgencia o que presentaran problemas de salud que ameritaran una intervención urgente.

5. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

5.1. Mediante Auto del 2 de noviembre de 2017, con fundamento en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, esta Sala ofició a la E.P.S. Famisanar Ltda. para que informara si a la fecha, los menores hijos de la accionante se encontraban con afiliación activa en el régimen subsidiado.

5.2. En cumplimiento del citado Auto, el 9 de noviembre de 2017, el apoderado general de la E.P.S. Famisanar, remitió un escrito en el cual señaló: “(...) me permito indicar que los menores JUAN CAMILO RICO RINCÓN y JULIETH VALENTINA RICO RINCÓN se encuentran actualmente en estado ACTIVO en el Régimen Subsidiado de la EPS, lo que les permite acceder a los servicios médicos requeridos desde el pasado 16 de agosto de 2017”¹. (Negrita fuera de texto original). Agregó, además, que la afiliación se realizó como consecuencia de la solicitud realizada por la Superintendencia Nacional de Salud debido a la atención de urgencia que los menores requerían.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer esta acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, 31 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 11 de agosto de 2017 de la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho, que seleccionó el expediente de la referencia para su revisión.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. De acuerdo con los hechos y pruebas descritas, le corresponde a esta Sala de Revisión definir si Famisanar E.P.S violó el derecho fundamental a la salud de los dos hijos menores de la señora Olga Milena Rincón Cardona, al negarse a tramitar su afiliación en el régimen subsidiado, aduciendo que se encontraban afiliados en el régimen contributivo

2.2. Para dar solución a dicho problema jurídico, la Sala se referirá brevemente: (i) al estudio del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, (ii) a la carencia actual de objeto por hecho superado.

3. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La Sala encuentra que la acción de tutela bajo estudio cumple con los requisitos para su procedibilidad, relativos a la legitimación por activa, legitimación por pasiva, inmediatez y subsidiariedad, por las razones que se exponen a continuación.

3.1. Legitimación por activa. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de ejercer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe en su nombre. Adicionalmente, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 precisa que esta acción puede ser presentada: (i) directamente por el afectado; (ii) por medio de representante; o (iii) por un agente oficioso.

En el caso objeto de estudio, la persona que interpone la acción de tutela es la madre y representante legal de los dos menores que, se afirma, han sido vulnerados en sus derechos, por lo que la Sala concluye que la presentación de la acción cumple con el requisito de legitimación por activa.

3.2. Legitimación por pasiva. Los artículos 86 Superior y 5 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela procede contra la acción u omisión de cualquier autoridad pública; así como también de particulares que estén encargados de prestar un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o respecto de quienes el accionante se encuentre en estado de indefensión o subordinación. Por su parte, el numeral 2 del artículo 42 del citado Decreto dispone de forma específica que la acción de tutela procede contra los particulares encargados de la prestación del servicio público de salud.

En este caso, la acción de tutela se dirige contra la E.P.S. Famisanar, que es una entidad prestadora de servicios de salud; y la Secretaría Distrital de Salud, que es una entidad de carácter público, de manera que se cumple el requisito de legitimación por pasiva.

3.3. Inmediatez. Según el artículo 86 de la Constitución Política, el amparo constitucional busca la protección inmediata de los derechos fundamentales que sean vulnerados o

amenazados. En consecuencia, se ha dado por entendido que, para la procedencia de la acción, es necesario que el accionante evite que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión que dio lugar a la vulneración o amenaza y el uso de la correspondiente acción constitucional².

En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que se satisface el requisito de inmediatez ya que la presunta vulneración se mantenía al momento en que la actora interpuso la acción, teniendo en cuenta que la señora Rincón Cardona se enteró que sus hijos se encontraban desafiados en febrero de 2017, cuando su hijo requirió recibir atención médica. A partir de ese instante, intentó adelantar los trámites para lograr la afiliación solicitada, sin que hasta la fecha en la cual elevó el amparo, se le hubiera dado solución a su situación.

3.4. Subsidiariedad. De los artículos 86 de la Constitución Política y el 6 del Decreto 2591 de 1991 se desprenden tres escenarios para analizar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la acción de tutela resulta procedente siempre que no existan otros mecanismos ordinarios de defensa o cuando éstos ya fueron agotados; (ii) es igualmente procedente cuando, si bien existe otro medio de defensa ordinario que puede ser idóneo para solventar la necesidad jurídica de quien interpone la acción, es ineficaz para garantizar la salvaguarda de sus derechos fundamentales, en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección; y (iii) cuando existe otro medio de defensa judicial ordinario disponible, pero por medio de la acción de tutela se busca evitar un perjuicio irremediable, en cuyo evento el amparo procede como mecanismo transitorio, hasta que el juez ordinario decida de forma definitiva el asunto.

En el caso objeto de estudio, el juez de instancia negó el amparo solicitado, al considerar que no se daba por cumplido el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, en tanto la actora no acudió ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que dicha entidad, en el marco de sus atribuciones legales, resolviera la controversia planteada. La Sala considera, no obstante, que en este caso el mecanismo de vigilancia, control e inspección de la Superintendencia Nacional de Salud no resulta idóneo ni eficaz para garantizar la protección del derecho fundamental a la salud de los hermanos Rico Rincón, por las razones que se exponen a continuación.

El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 20113, contiene la asignación de una función jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, particularmente en las controversias suscitadas en torno al cumplimiento de las obligaciones en cabeza de las entidades que conforman el sistema de salud, con un procedimiento particular, revestido de celeridad e informalidad que en principio resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados en el desarrollo de la relación entre los usuarios y las entidades promotoras de salud.

Con todo, en la Sentencia C-119 de 20084 la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y precisó que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, pese a tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no implican que ésta última no pueda proceder como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo, cuando resulte ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca. Esto supone que para analizar la procedencia de la acción de tutela, el juez no puede evaluar en abstracto la existencia de otros mecanismos disponibles, sino que es necesario valorar su eficacia frente a las circunstancias concretas.

La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que: “(...) la preferencia del mecanismo con que cuenta la Superintendencia para reclamar está dada, siempre que los hechos no evidencien un riesgo contra la vida, la salud o la integridad de las personas, caso en el cual procedería la tutela.”⁵ Además, de forma específica en la Sentencia T-178 de 20176, esta Corporación señaló que la acción de tutela resulta procedente, aun cuando esté disponible el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud, cuando el juez constitucional advierta un riesgo de daño inminente y grave a un derecho constitucional fundamental que requiera medidas urgentes, y cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha advertido que los menores de edad deben recibir atención y acceso preferente a la salud, a partir del artículo 44 Superior y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁷. La Ley Estatutaria 1751 de 2015, por su parte, consagra el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y en

su artículo 6 menciona como uno de los principios que deben regir la prestación de este derecho, el principio de prevalencia de derechos, en virtud del cual, el Estado tiene la obligación de implementar medidas concretas y afirmativas para garantizar la atención integral en salud de los niños, niñas y adolescentes. En el artículo 11, además, establece que los menores de edad hacen parte del grupo de sujetos de especial protección constitucional, cuya atención no puede ser limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

Así las cosas, la Sala encuentra que para el caso concreto, el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud no resulta ser el mecanismo idóneo ni eficaz para garantizar la protección del derecho a la salud de los dos hijos de la señora Olga Milena Rincón Cardona, teniendo en cuenta que: (i) los dos menores están afectados en su salud, por lo que, como se expuso, deben ser atendidos de forma prioritaria, sin que se justifique ningún tipo de dilación administrativa para su acceso a las prestaciones médicas que requieren y, (ii) son sujetos de especial protección constitucional, no sólo por su edad sino también porque se hallan en una situación de debilidad manifiesta, derivada de su estado de salud y de las limitaciones económicas de su madre, para lograr acceder a una atención integral.

Por lo anterior, si bien la accionante pudo haber acudido a la Superintendencia Nacional de Salud para solicitar que se adelantara el trámite destinado a la satisfacción de su solicitud, el amparo constitucional es procedente, dadas las condiciones del caso concreto y la condición de menores de edad de los peticionarios, de tal forma que la Sala halla cumplido el requisito de subsidiariedad.

4. Carencia actual de objeto por hecho superado

La Sala de Revisión encuentra que en el caso bajo estudio se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto los dos menores de edad representados por su madre Olga Milena Rincón Cardona ya se encuentran afiliados a la E.P.S. Famisanar en el régimen subsidiado, conforme con la comunicación escrita enviada por ésta misma.

La Corte Constitucional ha establecido que la carencia actual de objeto se da cuando existen situaciones en las cuales, las circunstancias y supuestos de hecho que daban lugar a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales cesan, desaparecen o se superan, de tal manera que, la decisión que tome el juez constitucional, ya no tendría ningún efecto⁸. De

acuerdo con la jurisprudencia constitucional, hay por lo menos tres eventos en los que se configura la carencia actual de objeto:

“(i) hecho superado, se presenta cuando se satisfacen por completo las pretensiones del accionante a partir de la conducta desplegada por el agente transgresor⁹; (ii) daño consumado, se da en aquellas situaciones en las que se afectan de manera definitiva los derechos fundamentales antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo¹⁰; o (iii) situación sobreviniente, comprende los eventos en los que la vulneración de los derechos fundamentales cesó por causas diferentes a las anteriores, como cuando el resultado no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, porque un tercero o el accionante satisficieron la pretensión objeto de la tutela, o porque el actor perdió el interés, entre otros supuestos.¹¹”¹²

Por otro lado, mediante la Sentencia T-722 de 2003¹³, la Corte Constitucional advirtió que en el marco de la carencia actual de objeto por hecho superado, es necesario distinguir el momento en el cual se supera o cesa el supuesto de hecho que motivó la acción de tutela, ya sea que haya sucedido (i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo; o, (ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación. Dicha distinción adquiere importancia para definir el tipo de orden que deberá tomarse en cada caso, en los siguientes términos:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la

tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.”¹⁴

De esta forma, cuando la carencia actual de objeto se presenta durante el trámite de revisión ante la Corte, previo a proferir la sentencia, como en el caso bajo estudio, se deberá analizar y determinar el alcance de la presunta transgresión alegada, estableciendo si existió o no una vulneración, y si las decisiones de instancia fueron conformes a los mandatos constitucionales y legales¹⁵.

5. Conclusión

Con base en lo expuesto previamente, la Sala concluye:

(i) La acción de tutela en el caso bajo estudio resulta procedente por cumplir con los requisitos establecidos para ello: legitimación por activa, legitimación por pasiva, inmediatez y subsidiariedad. En relación con este último presupuesto, si bien la accionante tenía a su disposición el trámite a través de la Superintendencia Nacional de Salud, dado que se trata de los derechos fundamentales de dos menores de edad, que requieren con prontitud atención médica, el mecanismo se ve desplazado por la acción de tutela.

Adicionalmente, como se señaló ut supra los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir atención en salud de forma prioritaria y prevalente, de tal manera que las empresas prestadoras del servicio de salud deben garantizar la atención integral para este grupo poblacional, sin ningún tipo de obstáculo económico o administrativo. En el caso concreto, la E.P.S. accionada se negó a dar trámite a la solicitud de afiliación realizada por la madre de los menores, aduciendo razones de tipo administrativo, que en últimas implicaron la afección al derecho fundamental a la salud de los menores al no poder acceder a la atención requerida para las afecciones que estaban sufriendo en el momento en que se interpuso la acción de tutela. Por ello, la Corte considera que el amparo debió prosperar con el fin de proteger de forma efectiva el derecho a la salud de los hijos menores de la accionante y garantizar su acceso efectivo al sistema de salud.

(ii) En el presente asunto, como quedó constatado en el trámite de revisión, se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado toda vez que la pretensión inicial de la accionante consistente en la afiliación de sus hijos menores a la E.P.S. Famisanar en el régimen subsidiado, ya fue satisfecha por la misma entidad, según afirma, a partir de una

orden impartida por la Superintendencia Nacional de Salud. Esto implica que los dos hijos menores de la señora Rincón Cardona ya pueden acceder al servicio de salud y ser atendidos por las afecciones de salud que padecen. En este orden de ideas, es claro que se produjo la carencia actual de objeto por hecho superado y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta sentencia. Dado que la carencia actual de objeto se presentó durante el trámite de Revisión, la Corte revocará el fallo proferido en primera instancia, concederá la protección impetrada por la señora Rincón Cardona en representación de sus hijos menores y declarará la carencia actual de objeto por hecho superado.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones y en los términos de esta providencia REVOCAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2017 el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá. En su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud de los dos hijos menores de la señora Olga Milena Rincón Cardona, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (e)

1 Folio 20.

2 Sentencias T-526 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1009 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-792 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-825 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-243 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-594 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-189 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-328 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y, T-503 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, entra otras.

3 “ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: //a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; // b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus

usuarios; // c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; // d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; // f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; // g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador". // PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal. // PARÁGRAFO 2o. La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. // La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad // PARÁGRAFO 3o. La Superintendencia Nacional de Salud, deberá: // 1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema. // 2. Definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de afiliación múltiple y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico, según sea el caso."

4 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Sentencia T-862 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, en reiteración de la Sentencia T-316A de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

6 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

8 Sentencias T-388 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-199 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; y, T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras.

9 Corte Constitucional, sentencias T-533 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 5; T-970 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 2.4; y T-264 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 2.1.

10 Corte Constitucional, sentencias SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 7.3.2; y T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 13.

11 Corte Constitucional, sentencias T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4.1; y T-265 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 8.

12 Sentencia T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

13 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

14 Sentencia T-722 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

15 Sentencias T-668 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-011 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.