

Sentencia T-763/11

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS EN TEMPRANA INFANCIA-Protección constitucional a recién nacidos

Los niños cuentan con especial protección constitucional sobre sus derechos a la salud y la seguridad social, particularmente los recién nacidos, que al estar iniciando la vida se encuentran en un estado de vulnerabilidad, por lo cual necesitan de una atención más calificada en salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y Estado. De esta forma, tanto las entidades públicas como privadas tienen un deber de cuidado sobre el bienestar de los niños, para lo cual deben procurar siempre, entre otros, garantizar que tengan el acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante los primeros años de vida, atendiendo en sus actuaciones al interés superior del menor. Por tanto, en desarrollo de los preceptos anteriores, el cuerpo normativo que regula la seguridad social en Colombia (Ley 100 de 1993) ha dispuesto mecanismos de protección para los niños en temprana infancia.

DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Tienen derecho a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin exigirle el pago de una cuota adicional cuando se demuestre incapacidad económica

En atención a las especiales circunstancias en las que se encuentran los niños recién nacidos que son fruto de la relación entre menores de edad, la Corte Constitucional les ha reconocido el derecho que tienen a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin que se les exija el pago de una cuota adicional, siempre que (i) éstos no cuenten con los recursos para cubrirla, (ii) y las alternativas de buscar la afiliación del bebé en el régimen subsidiado o proveerle la atención médica como participante vinculado resulten inconvenientes.

DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Orden a EPS afiliar a nieta como miembro del grupo familiar del abuelo y eximirlo de los pagos y demás requisitos de orden económico

En vista que el accionante y su grupo familiar no cuentan con la capacidad económica para afiliar a la menor como cotizante dependiente, y además se constata que la alternativa de ingresarla al sistema de salud en el régimen subsidiado es gravosa de acuerdo a las

circunstancias que la rodean, la Sala de Revisión, a pesar de comprender que de conformidad con el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, en el régimen contributivo se debe aportar una cuota adicional para afiliar a un nieto como miembro del grupo familiar del cotizante, considera necesario inaplicar tal reglamentación en este caso, porque la imposición de la cuota adicional a su abuelo se torna desconocedora de los derechos fundamentales de la menor a la salud y la seguridad social, como también del especial deber de protección que el Estado y la sociedad tienen con los niños en temprana infancia, conforme las reglas establecidas en la sentencia T-1093 de 2007 ya citada. Por lo tanto, se ordenará a Saludcoop EPS afiliar a la menor en calidad de cotizante dependiente del accionante, eximiéndolo de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, decisión que tendrá efectos, mientras el padre del menor ingresa por medios propios al régimen subsidiado o contributivo de seguridad social en salud.

Referencia: expediente T-3096342

Acción de tutela presentada por James Meléndez Castillo, en representación de la menor Linda Mariana Meléndez Benavides, contra Saludcoop EPS.

Magistrada Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido en única instancia por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali el cinco (5) de mayo de dos mil once (2011), con ocasión del proceso de tutela promovido por James Meléndez Castillo, en representación de la menor Linda Mariana Meléndez Benavides, contra Saludcoop EPS.1

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.²

I. ANTECEDENTES

1. El accionante pretende que se ampare el derecho a la salud de su nieta Linda Mariana Meléndez Benavides y se ordene su afiliación a Saludcoop EPS como miembro de su grupo familiar, sin que se imponga el pago de una cuota adicional. Como sustento de lo pretendido informa que (i) la bebé nació el quince (15) de febrero de dos mil once (2011)³ fruto de la relación entre los menores de edad Viviana Marcela Benavides Martínez (16 años) y, su hijo, James Andrés Meléndez Girón (14 años);⁴ que (ii) se encuentra bajo el cuidado de sus abuelos paternos porque la madre “desapareció” luego de dar a luz, y el padre, que se encuentra cursando bachillerato, depende totalmente del demandante y, finalmente, que (iii) los gastos médicos entendidos dentro del esquema de crecimiento de la niña los ha asumido el accionante completamente. Por su parte, la entidad demandada señala que no puede afiliarse a la menor como beneficiaria de su abuelo paterno porque el artículo 34 del Decreto 806 de 1998 no incluye a los nietos como miembros del grupo familiar y, que si prefiere, puede afiliarse como cotizante dependiente, pero tendría que pagar un aporte adicional (por un valor de \$147.700)⁶ de conformidad con el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.⁷

2. El cinco (5) de mayo de dos mil once (2011), el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali denegó el amparo de los derechos fundamentales de Linda Mariana Meléndez Benavides, bajo el entendido de que la entidad accionada actuó de conformidad con las normas que regulan la afiliación y que el demandante tiene la alternativa de vincular a la menor en el Sistema Subsidiado.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

3. La Sala es competente para revisar el fallo de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

El derecho a la salud de los niños en temprana infancia y la vinculación para los nietos recién nacidos de cotizantes del régimen contributivo de seguridad social en salud

4. Corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar si, ¿una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de un(a) menor en temprana infancia, al exigir el pago de una cuota adicional para afiliarlo(a) como miembro del grupo familiar de alguno de sus abuelos, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, a pesar de que no tienen la capacidad económica para sufragar dicha imposición y la afiliación al régimen subsidiado de salud no es viable para el(la) bebé, porque su madre desapareció luego de dar a luz y su padre es un adolescente beneficiario del régimen contributivo? Antes de resolver el problema jurídico se realizará un breve recuento sobre el derecho a la salud de los niños en temprana infancia y, además, se reiterará la jurisprudencia acerca de la afiliación para los nietos recién nacidos de cotizantes del régimen contributivo.

5. A este respecto, cabe anotar que los niños cuentan con especial protección constitucional sobre sus derechos a la salud y la seguridad social,⁸ particularmente los recién nacidos,⁹ que al estar iniciando la vida se encuentran en un estado de vulnerabilidad, por lo cual necesitan de una atención más calificada en salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y Estado. De esta forma, tanto las entidades públicas como privadas tienen un deber de cuidado sobre el bienestar de los niños, para lo cual deben procurar siempre, entre otros, garantizar que tengan el acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante los primeros años de vida,¹⁰ atendiendo en sus actuaciones al interés superior del menor.¹¹

6. Por tanto, en desarrollo de los preceptos anteriores, el cuerpo normativo que regula la seguridad social en Colombia (Ley 100 de 1993) ha dispuesto mecanismos de protección para los niños en temprana infancia. Así, respecto a procedimientos garantizados, se dispuso que el plan obligatorio cubriría la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales, y la rehabilitación cuando hubiere lugar.¹² Pero además, en cuanto a seguridad en nutrición, se indicó que las madres en embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado, tienen derecho a recibir un subsidio alimentario con cargo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.¹³

7. Sin embargo, a pesar de la amplia garantía del derecho a la salud que se ha reconocido para los niños en temprana edad, se ha dejado un espacio de desprotección en el acceso y la afiliación al sistema, pues aunque se estableció que todo recién nacido quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada su progenitora,¹⁴ hay casos para los cuales no es tan clara la vinculación, como cuando se es hijo(a) de una madre que abandona el hogar y el padre es un adolescente beneficiario del régimen contributivo [que al no ser cotizante no puede afiliar a su bebé como beneficiario(a)], pero además no se tienen los recursos para afiliarlo(a) como dependiente de alguno de sus abuelos y las opciones de ingresar al sistema en el régimen subsidiado o como participante vinculado son muy gravosas para el menor y su familia.¹⁵

Como respuesta a lo anterior, y en atención a las especiales circunstancias en las que se encuentran los niños recién nacidos que son fruto de la relación entre menores de edad, la Corte Constitucional les ha reconocido el derecho que tienen a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin que se les exija el pago de una cuota adicional,¹⁶ siempre que (i) éstos no cuenten con los recursos para cubrirla, (ii) y las alternativas de buscar la afiliación del bebé en el régimen subsidiado o proveerle la atención médica como participante vinculado resulten inconvenientes de conformidad con el supuesto fáctico planteado.¹⁷

8. Para el caso de Linda Mariana Meléndez Benavides se abrió un espacio de desprotección en su ingreso al sistema de salud, en tanto se ha visto impedida para ser beneficiaria de alguno de sus padres adolescentes o de las personas que velan por su sostenimiento. Sin embargo, la Sala encuentra que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para garantizarle la afiliación al sistema como cotizante dependiente de su abuelo paterno, eximiéndolo del pago de la cuota adicional, así: (i) el accionante no puede sufragar mensualmente el valor de una imposición sin que se vea afectada su estabilidad financiera. En efecto, un gasto adicional por ciento cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$147.700) mensuales, en cabeza de una persona que con sus ingresos como comerciante¹⁸ debe velar por el sostenimiento de su familia, compuesta por su madre discapacitada, su esposa, su hijo adolescente y su nieta,¹⁹ a juicio de la Sala, perturba la seguridad económica del hogar. Debe entenderse que la incapacidad económica para asumir un costo derivado del ingreso al sistema de salud de un miembro de la familia se califica a la luz de las otras necesidades de las personas que la componen, pues de lo contrario se les pondría en riesgo la

materialización de una vida en condiciones de dignidad. Por lo demás, se advierte que la entidad demandada no desvirtuó en el proceso de tutela que el accionante no tuviere la capacidad económica para vincular a Linda Mariana como cotizante dependiente, entonces en virtud del principio de buena fe (artículo. 83, C.P.) y de la presunción de veracidad (artículo. 20, Decreto 2591 de 1991), la Corte tendrá por cierto que así es.

9. Pero además de lo anterior, (ii) la afiliación de Linda Mariana en el régimen subsidiado de salud resulta poco apropiada para ella y su padre menor de edad, pues supondría el traslado de régimen de aquel y la pérdida de los beneficios que tiene por estar incluido en el régimen contributivo como miembro del grupo familiar del accionante. Y por parte de su madre, que según lo afirmado en la acción de tutela desapareció luego de dar a luz, no se puede establecer que sea beneficiaria de ésta en ninguno de los regímenes, pues en realidad no puede predicarse alguna relación de dependencia. Igualmente, frente a la opción de proveerle a la bebé la atención en salud como participante vinculada, la Sala advierte que no le ofrece al accionante una solución al problema de afiliación que reclama para su nieta, pues allí se le prestan servicios de salud de manera transitoria y restringida sin que ingrese al sistema como afiliada -cotizante o beneficiaria-.

Así las cosas, en vista de que el accionante y su grupo familiar no cuentan con la capacidad económica para afiliar a Linda Mariana como cotizante dependiente, y además se constata que la alternativa de ingresarla al sistema de salud en el régimen subsidiado es gravosa de acuerdo a las circunstancias que la rodean, la Sala de Revisión, a pesar de comprender que de conformidad con el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, en el régimen contributivo se debe aportar una cuota adicional para afiliar a un nieto como miembro del grupo familiar del cotizante, considera necesario inaplicar tal reglamentación en este caso, porque la imposición de la cuota adicional a su abuelo se torna desconocedora de los derechos fundamentales de la menor a la salud y la seguridad social, como también del especial deber de protección que el Estado y la sociedad tienen con los niños en temprana infancia, conforme las reglas establecidas en la sentencia T-1093 de 200720 ya citada. Por lo tanto, se ordenará a Saludcoop EPS afiliar a la menor en calidad de cotizante dependiente del señor James Meléndez Castillo, eximiéndolo de los pagos y demás requisitos de orden económico que para el efecto han previsto las referidas normas, los cuales, quedarán a cargo de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA,²¹ decisión que tendrá efectos, mientras el padre del menor ingresa por medios propios al régimen subsidiado o contributivo de seguridad social

en salud.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali el cinco (5) de mayo de dos mil once (2011) y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud de Linda Mariana Meléndez Benavides.

Segundo.- ORDENAR a Saludcoop EPS que, dentro de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, afilie a la menor Linda Mariana Meléndez Benavides en calidad de cotizante dependiente del señor James Meléndez Castillo, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique. Protección que sólo operará hasta cuando el menor James Andrés Meléndez Girón modifique su calidad de beneficiario por la de cotizante en el régimen contributivo o ingrese al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

Tercero.- AUTORIZAR a Saludcoop EPS para repetir contra el Fosyga los costos en los que incurra y que, en virtud de la regulación, no le corresponde asumir.

Cuarto.- por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El fallo en referencia fue elegido para revisión por la Sala de Selección Número Seis, mediante auto proferido el dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011).

2 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas por ejemplo en las sentencias T-549 de 1995 (MP. Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-959 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-689 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-1032 de 2007 (MP. Mauricio González Cuervo), T-366 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-108 de 2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez).

3 Registro Civil de Nacimiento de Linda Mariana Meléndez Benavides. Folio 3 del cuaderno principal. (En adelante, cuando se haga mención de un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario).

4 Registro Civil de Nacimiento de James Andrés Meléndez Girón. Folio 2. Allí se lee que nació el veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997) y que su padre es James Meléndez Castillo.

5 Artículo 34 del Decreto 806 de 1998. “Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por: [e]l cónyuge. || A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años. || Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado. || Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.”

6 La Magistrada Ponente, mediante auto del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), requirió a Saludcoop EPS para que informara el valor de la UPC adicional que el señor James Meléndez Castillo debería cancelar para afiliar a su nieta como cotizante dependiente. La entidad requerida, por escrito presentado el doce (12) de septiembre de dos mil once (2011), indicó que el valor del aporte adicional era de ciento cuarenta y siete mil setecientos pesos (\$147.700). (Folio 23 del cuaderno segundo). Asimismo, se requirió al accionante para que enviara un informe respecto la capacidad económica y el estado de salud de la menor Linda Mariana. De conformidad con lo anterior, James Meléndez Castillo remitió a la Corte un escrito en el cual relacionó los ingresos y los gastos del hogar, además del estado de salud actual de la bebé. (Folio 28 del cuaderno segundo).

8 Artículo 44 de la C.P. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad 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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

9 Artículo 50 de la C.P. “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Respecto a la responsabilidad del Estado en el acceso al servicio de salud de los niños en primera infancia puede observarse el párrafo 27, en el cual se establece lo siguiente: “[l]os Estados Partes deberán garantizar que todos los niños tengan acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante sus primeros años, a fin de reducir la mortalidad infantil y permitir al niño disfrutar de un inicio saludable en la vida (art. 24). En especial: || a) Los Estados Partes tienen la responsabilidad de

garantizar el acceso a agua potable salubre, a saneamiento e inmunización adecuados, a una buena nutrición y a servicios médicos, que son esenciales para la salud del niño pequeño, así como a un entorno sin tensiones. La malnutrición y la enfermedad tienen repercusiones a largo plazo en la salud y el desarrollo físicos del niño. Afectan al estado mental del niño, inhiben el aprendizaje y la participación social y reducen sus perspectivas de realizar todo su potencial. Lo mismo puede decirse de la obesidad y los estilos de vida poco saludables. || b) Los Estados Partes tienen la responsabilidad de hacer efectivo el derecho del niño a la salud, fomentando la enseñanza de la salud y el desarrollo del niño, en particular las ventajas de la lactancia materna, la nutrición, la higiene y el saneamiento. Deberá otorgarse prioridad también a la prestación de atención prenatal y postnatal adecuada a madres y lactantes a fin de fomentar las relaciones saludables entre la familia y el niño, y especialmente entre el niño y su madre (u otros responsables de su cuidado) (art. 24.2). Los niños pequeños son también capaces de contribuir ellos mismos a su salud personal y alentar estilos de vida saludables entre sus compañeros, por ejemplo mediante la participación en programas adecuados de educación sanitaria dirigida al niño. (...)"

11 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Acerca del interés superior del niño puede observarse el párrafo 12, en el cual se explica que "(...) el principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente."

12 Artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

13 *Ibíd.*

14 Párrafo 2º del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. "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 (...).”.

15 De conformidad con la sentencia T-1035 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), el niño dependiente de los abuelos, que es hijo de padres adolescentes pertenecientes al régimen contributivo, tiene tres alternativas para ingresar al sistema de seguridad social en salud: “(i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998, (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo.” La hipótesis para la cual se plantea la desprotección, es cuando no se tiene recursos económicos para afiliarse al menor como se explica en la opción uno y las dos alternativas restantes resultan muy gravosas para el bebé y su entorno familiar.

16 La protección del derecho a la salud para los niños en temprana edad no se limita a garantizar la forma en que éste se debe afiliarse al sistema de salud, sino que también se extiende a la realización de procedimientos médicos específicos. Por ejemplo, en la sentencia T-950 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño) se ordenó a una EPS la prestación de un servicio de salud al bebé de una madre adolescente que estaba afiliada al sistema como beneficiaria, al cual previamente se le había denegado el procedimiento médico bajo el entendido de que el recién nacido no estaba vinculado de alguna forma al sistema.

17 Véase la sentencia T-1093 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa ocasión se estudió el caso de una cotizante del régimen contributivo que solicitaba la afiliación de su nieto como miembro de su grupo familiar, porque la madre adolescente, hija de la accionante, dependía totalmente de ella y no tenía los recursos para vincular al bebé de manera independiente. La Corte amparó el derecho fundamental a la salud y ordenó la afiliación del niño eximiendo a la abuela del pago de la cuota adicional. Soportó su decisión en que (i) se había demostrado la incapacidad económica para sufragar mensualmente la cuota adicional, y que (ii) buscar la vinculación del menor en el régimen subsidiado era muy gravoso para la madre del menor, porque tendría que trasladarse y perdería los beneficios de pertenecer al régimen contributivo como beneficiaria, pero además, porque aspirar a la atención médica como participante vinculado le generaría inconvenientes de trámite por

encontrarse su madre en el régimen contributivo. Así las cosas, en la parte resolutive de la sentencia se ordenó a la EPS respectiva que, “(...) afilie al menor David Santiago Barbosa Murcia en calidad de cotizante dependiente de la señora Dora Elisa Murcia Téllez, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complementa, derogue o modifique (...)”.

18 Ob. Cit. Pág.2. Informe remitido a la Corte Constitucional por James Meléndez Castillo. En éste se indica que el accionante es comerciante independiente y que no recibe apoyo económico de ninguna persona para sufragar los gastos del hogar.

19 *Ibíd.*

20 Ob. Cit. (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

21 La Sala debe precisar que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 fue derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011, a propósito del recobro al FOSYGA por costos no incluidos en el plan de beneficios de salud. Sin embargo, en el caso objeto de estudio se debe autorizar tal reembolso para la EPS, porque a pesar de que el artículo 40 del Decreto 806 de 1998 faculta a la EPS para solicitar del peticionario el pago de una cuota adicional si pretende afiliar a su nieta como cotizante dependiente, la ausencia de capacidad económica del accionante no desvirtuada por la entidad, aunada a la desprotección del derecho a la salud de su nieta recién nacida, hacen pertinente que los costos de afiliación sean asumidos por el FOSYGA.